

LAS LAGUNAS EN EL ORDENAMIENTO CANÓNICO Y JERARQUÍA DE FUENTES*

José M. González del Valle

Los nombres de d'Avack, Lombardía, Gismondi y Corecco no significan para mí simplemente la evocación de cuatro ilustres canonistas, sino de cuatro personas muy entrañables, a las que he conocido, con las que me he relacionado, que me han dedicado sus libros, de quienes he recibido enseñanza de un modo muy inmediato. Por éste y otros muchos motivos me agrada enormemente participar en este Congreso de Derecho canónico que rememora su pensamiento. Por el prestigio de las Universidades convocantes: La Sapienza, Tor Vergata y el Pontificio Ateneo della Santa Croce; también porque la invitación proviene de un comité no menos prestigioso compuesto por los Profs. Arrieta, Finocchiaro, Milano y Mirabelli. Todo ello trae consigo que me encuentre ante un foro muy cualificado; y en consecuencia ante una responsabilidad académica notable. Con la benevolencia de todos espero no defraudar en la tarea que se me ha encomendado: disertar sobre *Dottrina, giurisprudenza e prassi nella costruzione del sistema canonico*.

Cuando esta ponencia se publique, la revista bibliográfica "Canon Law Abstracts" editada por la "Canon Law Society of Great Britain

* El presente trabajo es la versión española de la ponencia presentada en el congreso, celebrado en Roma del 13 al 16 de noviembre de 1996, "La Scienza Canonistica nella seconda metà del '900. Fondamenti, metodi, prospettive in d'Avack-Lombardía-Gismondi-Corecco".

and Ireland" sin duda ubicará la correspondiente reseña en el c.19; ese canon que plantea cómo han de resolverse los asuntos en ausencia de ley. Es decir, trata del llamado tema de las lagunas y remite, como modo de colmarlas, además de a la analogía y a los principios generales del Derecho aplicados con equidad canónica, también a la jurisprudencia, a la praxis de la Curia romana y a la opinión común y constante de los doctores; es decir a nuestro tema. Permítaseme, pues, encuadrar esta ponencia dentro del tema más general del que forma parte: el tema de las lagunas. O si se prefiere, por emplear la terminología de d'Avack –cuyo pensamiento recordamos especialmente en este congreso–, el tema de la *completezza* del Derecho canónico, noción esta de *completezza* que él –con otros autores– contraponía a la de *compiutezza*.

Me ocupé de la *completezza* del Derecho canónico en su relación con la *compiutezza* en una obra juvenil titulada *La plenitud del Derecho canónico*¹. Pero no se alarmen. No es mi intención repetir lo entonces dicho. Me ocuparé pura y simplemente del tema de la *completezza*, es decir, del tema de las lagunas, sin implicar en él la cuestión de la *compiutezza*, que es un tema de relaciones Iglesia Estado.

Pues bien, si centramos, como me parece oportuno hacer, el tema de mi ponencia en el c. 19 –correspondiente al antiguo c. 20 del código de 1917– nos encontramos con que semejante precepto carece de tradición canónica². Gasparri y Serédi no le señalan ningún precedente en sus *Fontes*. Está claramente inspirado en un código civil, probablemente el italiano. Los códigos civiles acostumbra a

1. Pamplona, 1965.

2. JUAN IGNACIO ARRIETA afirma que el canon recoge una tradición canónica precedente (*Il valore giuridico della prassi nella Curia Romana*, en "Ius Ecclesiae" 8 (1996) n° 1, p. 98). Tal afirmación, a mi entender, carece de fundamento. Sobre esta cuestión vid. ANNA RAVÀ, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico della legislazione canonica*, Milán, 1954, pp. 97-102 y 203. Las decretales de Honorio III (X, 1,36,11) y Lucio III (X,5,32,11), así como otros contenidos del *ius vetus*, tratan de las mismas cuestiones que el c. 20. Pero lo que es novedad es el c. 20 como precepto específico.

dedicar un artículo de contenido similar al del c. 19 a esta cuestión, es decir, a la cuestión de las lagunas.

Y todos dicen lo mismo, algo muy parecido o al menos dan respuesta al mismo problema; hasta el punto de que, si se me permite hacer uso de la terminología jurídica notarial, podemos decir que nos encontramos ante una cláusula de estilo; es decir, una frase, un criterio, una cláusula que con pequeñas variantes aparece en determinado tipo de documentos; en este caso los códigos civiles. No obstante, esta cláusula se cuela dentro de un código que no es un código de Derecho civil, sino el Código de Derecho canónico.

Nada tengo que objetar, en principio, al transvase de conceptos o criterios propios del Derecho secular al Derecho canónico. Es decir, no me preocupa por sí mismo –como preocupaba a Corecco– que un criterio jurídico nacido en el seno del Derecho secular sea asumido por el Derecho canónico. Ahora bien, me parece que esta cláusula de estilo cumple una función muy distinta en el Código de Derecho canónico y en los códigos civiles, pues poseen un sistema de fuentes distinto. Es más, en los artículos iniciales de los códigos civiles es donde se fijaba el sistema de fuentes del Derecho –digo se fijaba porque esa función actualmente tiende a desplazarse hacia las cartas constitucionales–; y esos códigos civiles no se limitaban a recoger el Derecho anterior, sino que contribuyeron a establecer un nuevo sistema de producción del Derecho, que no coincide con el sistema de fuentes canónico.

Es conocida la situación del final del Antiguo Régimen en la que era frecuente que los jueces se negasen a dictar sentencia so pretexto de carecer de criterio legal aplicable al caso. Es ahí donde entra en juego el contenido propio del c. 19. En su primitiva redacción, el art. 6º del Código Civil español decía así: "El Tribunal que rehuse fallar a pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes, incurrirá en responsabilidad. Cuando no haya Ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y en su defecto los principios generales del Derecho".

La función primigenia de la cláusula de estilo que venimos comentando era la de prevenir la posibilidad de que se dejase de dictar sentencia so pretexto de existencia de una legislación lacunosa; pero ello llevaba indirectamente a proporcionar una incorrecta visión de las fuentes del Derecho, en la que entre otras cosas los principios generales del Derecho parecían quedar relegados a cumplir una mera función de fuente supletoria.

En su vigente redacción, el Código Civil español dice así: "Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o de costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico"³. En efecto, como tendremos ocasión de poner de relieve, los principios generales del Derecho tienen una función mucho más general, como su mismo nombre indica, e importante que la de colmar lagunas.

Respecto al problema que dio origen a la cláusula de estilo que venimos comentando se dice: "Los jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido"⁴. Merece aplauso el que en la nueva redacción del título preliminar se hayan deslindado estos dos problemas: el del deber de los jueces de dar sentencia y el del sistema de fuentes.

El Código de Derecho canónico –tanto el de 1917⁵ como el de 1983⁶–, con mejor criterio, sitúa la obligación de los jueces de dictar sentencia en el ámbito del Derecho procesal, donde se ocupa de esta cuestión con mayor amplitud y precisión. En efecto, decir que *los jueces tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan* es una afirmación muy inexacta. Resulta más acertado contemplar, como el Derecho canónico hace, la hipótesis: *los jueces que rehusen administrar justicia, aun siendo cierta y evidentemente competentes*. En

3. Art. 1.4.

4. Art. 1.7.

5. Cfr. c. 1625.

6. Cfr. c. 1457.

efecto, ese *deber de resolver los asuntos de que conozcan* es un concepto excesivamente vago y calificarlo de *inexcusable* resulta retórico. Finalmente, la afirmación de que los jueces deben resolver los asuntos de que conozcan *ateniéndose al sistema de fuentes establecido* resulta una excrescencia o residuo inútil proveniente de la antigua redacción. Tiene sentido indicar al juez a qué fuentes debe acudir en defecto de ley; pero decirle simplemente que debe atenerse al sistema de fuentes establecido resulta superfluo.

Este enfoque de Derecho comparado –para el que he elegido por razones fáciles de comprender el Código civil español– sirve para diseccionar los varios problemas implicados en esta cuestión. En primer lugar, la obligación de los jueces de no rehusar la administración de justicia. Resolver esa cuestión corresponde al Derecho procesal; y no nos ocuparemos de ella. Trataremos, en cambio, de precisar cuál es el sistema de fuentes del Derecho canónico. Y en ese sentido, nos preguntaremos en qué medida el c. 19 prevé un llamado Derecho supletorio.

La primera cuestión que a ese respecto hay que preguntarse es si la analogía, los principios generales del Derecho, la jurisprudencia, etc., son sólo de aplicación en defecto de ley y de costumbre o si también resultan de aplicación, aunque no haya carencia de ley o de costumbre. A nuestro entender, su principal función no consiste en colmar lagunas. Su principal función es la interpretativa.

Ello me parece especialmente evidente en el caso de la jurisprudencia de los tribunales. Les corresponde interpretar la ley y la costumbre. Existe abundante jurisprudencia sobre el c. 1103 relativa al vicio del miedo en el consentimiento matrimonial, sin la cual desconoceríamos su alcance. Gracias a esa jurisprudencia conocemos que el vicio del miedo juega un papel mucho más amplio en el matrimonio que en otros contratos. De tal jurisprudencia no puede decirse que colme una laguna, sino que interpreta –aparte de aplicarlo– el citado texto.

Lo propio cabe decir de los principios generales del Derecho. En tal sentido, me parece muy acertada la reforma del título preliminar del Código civil español. Actualmente dice en su art.1: *Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o de costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico.* Informar el ordenamiento jurídico es mucho más que colmar sus lagunas.

La llamada *analogía* o *interpretación analógica* –ese recurso a lugares paralelos y a leyes dadas para casos semejantes– es considerada por el Código de Derecho canónico no sólo como un remedio ante la carencia de prescripción expresa en el c. 19, sino también como criterio interpretativo en el c. 17. En definitiva ambos cánones se hacen eco del principio general del Derecho formulado por Godofredo: *ubi eadem est legis ratio, ibi eadem debet esse iuris dispositio.* Godofredo también le da una formulación negativa: *ubi cessat ratio legis, cessare quoque debet eius dispositio.*

Lo propio cabe decir de la opinión común y constante de los doctores, cuya función interpretativa de las leyes es mucho más importante que su posible función supletoria. Ante la aparición de una nueva ley, antes incluso de que dé lugar a jurisprudencia, hay que contar con los comentarios exegéticos que sobre ella aparecen.

La propia costumbre no se aplica sólo en lugar de la ley, sino que como dice el c. 27 –repetiendo a Calístrato⁷– es el mejor intérprete de la ley.

El que a la jurisprudencia, la opinión común y constante de los doctores, los principios generales del Derecho aplicados con equidad canónica, etc., se les suelen atribuir dos funciones –la interpretativa y la supletoria– obliga a plantear qué diferencias median entre una y otra.

⁷. Cfr. D. 1, 3, 37; este principio general del Derecho también es recogido por las Decretales de Gregorio IX, X, 1, 4, 8.

¿Qué es una laguna? ¿Cuántas lagunas existen? ¿Quién decide la existencia o inexistencia de una laguna? ¿Dónde y cuándo aparecen?

La primera afirmación que al respecto voy a hacer es la de que las lagunas son sólo propias de la ley, tomando la expresión *ley* en el sentido de *legislación ordinaria*. El Derecho constitucional –y lo propio cabe decir del Derecho divino– no pueden ser calificados de lacunosos. Nunca se ha hablado de que el Derecho divino –ello parecería hasta irreverencia– o la carta constitucional del un Estado fuesen lacunosos. Se dirá, en su lugar, que una determinada conducta, materia o criterio no están regulados por el Derecho divino o por la carta constitucional. Pero esa ausencia de regulación no tiene la consideración de laguna. Detectar una laguna es presuponer una indebida ausencia de regulación. Como se presupone que el Derecho constitucional y el Derecho divino no deben regularlo todo, no se les asigna un Derecho supletorio.

En tal sentido es de admirar la labor de los tribunales encargados de pronunciarse sobre cuestiones de constitucionalidad. Pese a la oscuridad e imprecisión del texto, son capaces de encontrar una interpretación que zanja la cuestión de constitucionalidad planteada. La vigente constitución americana, que como es sabido es del siglo XVIII, nada dice sobre enseñanza. No obstante, el Tribunal Supremo Federal –no existen allí tribunales especializados en interpretar la constitución– ha resuelto múltiples problemas de constitucionalidad relativos a la enseñanza. Y ha realizado tal tarea sin el valioso auxilio del Derecho supletorio.

El mérito de esa tarea es doble. En primer lugar, por lograr resolver cuestiones de constitucionalidad relativas a la enseñanza, sin que el texto constitucional trate expresamente la cuestión. En segundo lugar, el Tribunal Supremo Federal no es un tribunal especializado en Derecho constitucional. Está llamado a pronunciarse sobre cualquier materia. En países como España se ha instaurado un tribunal constitucional específico y las fuerzas políticas en general, el gobierno, el parlamento los partidos, conscientes de la dificultad a la que acabamos de aludir de encontrar juristas especializados en práctica

constitucional, echan sobre sus hombros la carga de facilitar juristas adecuados, sugiriendo nombres, proporcionándoles medios, instaurando un cuerpo de letrados, sin abandonarlos a su propio impulso, antes al contrario, procurando prestar la máxima colaboración a su tarea. El Tribunal Supremo Federal, en cambio, no es objeto de tales desvelos.

En fin, lo que irónicamente trato de poner de relieve es que las decisiones judiciales relativas a los textos constitucionales, aunque se presenten como interpretación de la constitución, van más allá de la tarea meramente interpretativa. Propiamente crean Derecho. No se dice que el juez *suple* una laguna constitucional, sino que *interpreta* la constitución. Tampoco se dice que se colma una laguna de Derecho divino, sino que *se avanza* en el conocimiento de ese Derecho.

El Derecho divino –a diferencia del Derecho constitucional– no se encuentra plasmado en un texto legal específico, pero con frecuencia se hace notar si una determinada norma ha o no de ser considerada Derecho divino. Así, el c. 1156 aclara que la renovación del consentimiento exigida para la convalidación simple constituye mero Derecho eclesiástico. En cambio, el c. 1057 aclara que ningún poder humano puede suplir la falta de consentimiento, dando a entender que nos encontramos ante un criterio de Derecho divino; y en fin, el propio Código o la doctrina señalan en qué medida determinados impedimentos o criterios de Derecho matrimonial son o no de Derecho divino. En tal sentido, el instituto de la dispensa delimita bastante bien el tema del Derecho divino.

A nadie se le oculta que el c. 1095,3º, que declara incapaces de contraer matrimonio a quienes no pueden asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas de naturaleza psíquica es de creación jurisprudencial y no es más que una concreción del principio general del Derecho de Obligaciones "*ad impossibilia nemo tenetur*", enunciado por primera vez por CELSO⁸ y recogido

⁸. D. 50, 17, 185.

posteriormente en el *Copus Iuris Canonici*⁹. Ahora bien, este nuevo capítulo de nulidad, al ser considerado una modalidad de carencia de consentimiento, queda situado en el ámbito del Derecho divino. Para aplicarlo, no hizo falta esperar a la promulgación del Código de 1983. Esto no quiere decir que, una vez aceptado el nuevo criterio e insertado en el código de 1983, se pueda dar por concluida la tarea. Ese criterio requiere, a mi entender, una ulterior decantación jurisprudencial y doctrinal que lo libere de posibles abusos.

No resulta, en cambio, procedente situar el dolo, como capítulo de nulidad matrimonial, en el terreno del Derecho divino. El dolo, en la tradición canónica no era considerado vicio de consentimiento matrimonial. No es que hasta entonces no se hubiesen producido consentimientos matrimoniales dolosos, ni que la figura del consentimiento doloso fuese desconocida, pues se ocupaba de ella expresamente el c. 103. No había más remedio que reconocer que el legislador conscientemente había dejado excluido el dolo como causa de nulidad matrimonial.

En los años cincuenta comienza a abogarse por la necesidad de introducir este capítulo de nulidad, encabezando ese movimiento Flatten¹⁰, lo que conduce a la redacción del actual c. 1098. En este caso, la jurisprudencia –a diferencia de lo que aconteció con la incapacidad de asumir– esperó a la aparición del nuevo código para comenzar a declarar nulos los matrimonios por este nuevo capítulo de nulidad.

De lo hasta ahora dicho parece deducirse que la jurisprudencia tiene más posibilidades de ser creativa cuando se mueve en el terreno de la norma suprema –sea ésta de Derecho divino o de Derecho constitucional– que cuando se mueve en el terreno de la legislación ordinaria. El Derecho divino no lo regula todo, pero de él cabe deducir conclusiones innovativas, en relación con la legislación

⁹. In VI^o, 5, 12, 6.

¹⁰. Cfr. *Irrtum und Täuschung bei der Eheschliessung nach Kanonisches Recht*, Paderborn, 1957.

ordinaria. Detectar una laguna en preceptos de mero Derecho eclesiástico resulta mucho más discutible. El Derecho meramente eclesiástico, al ser Derecho positivo, ha de ser aceptado más en razón de la *voluntas legislatoris* que en razón de su racionalidad. Lo más que cabe es instar al legislador a que modifique la legislación existente, para hacerla más racional, más acorde con el bien común, más perfecta.

Ha sido la opinión de los doctores la que ha movido al legislador a introducir el dolo como capítulo de nulidad matrimonial, mientras ha sido la jurisprudencia la que condujo a que tuviese reconocimiento legal la incapacidad de asumir las obligaciones esenciales matrimoniales. En efecto, es propio de la doctrina de los juristas proponer criterios de *iure condendo*. Y es frecuentísimo encontrar en los trabajos científicos proposiciones en este sentido. Los canonistas no se limitan a exponer el Derecho vigente, sino que también lo valoran.

No parece ser misión del juez, en cambio, valorar la ley, sino aplicarla. Tampoco las sentencias, por su propia estructura, se prestan a efectuar consideraciones de *iure condendo*. Tiene, en cambio, mejor cabida la interpretación innovadora, como aconteció en la famosa sentencia *coram Canals*¹¹ sobre el *error in persona*.

En suma hay que distinguir lo que es una laguna propiamente dicha de lo que es una simple crítica –por parte de los canonistas– o superación –por parte de la jurisprudencia– de la legislación vigente. Una laguna propiamente dicha es la que prevé el mismo legislador. Y ello acontece habitualmente en el campo del Derecho adjetivo. Tal sucede cuando el legislador ordena algo, pero omite el modo práctico de darle cumplimiento, en cuanto al procedimiento, el plazo, etc.; o bien proclama un derecho subjetivo, pero no indica o indica insuficientemente el modo de hacerlo efectivo, etc. Así, el c. 281 dice que ha de procurarse que los clérigos gocen de asistencia social, mediante la cual se provea adecuadamente a sus necesidades en caso

¹¹. 21-IV-1970, SRRD 52 (1970) pp. 370-375.

de enfermedad, invalidez o vejez. No señala el Código el modo concreto de hacer efectiva esa asistencia social, correspondiendo la tarea a las conferencias episcopales y a los obispos diocesanos. En el código son abundantísimas disposiciones como ésta, redactadas casi siempre en términos desiderativos o programáticos, que requieren una ulterior ejecución.

En tales ocasiones nos encontramos ante una laguna propiamente dicha. Al colmar ese tipo de lagunas no se innova el Derecho sustantivo antes al contrario se le da cumplimiento. Pero en los casos señalados –dolo e incapacidad de asumir– no ha sido el legislador el que creó las lagunas. Fue en un caso la doctrina y en otro la jurisprudencia las que consideraron "lacunosa" la legislación aplicable.

En el ámbito del Derecho sustantivo, cuando se habla de la existencia de una laguna, se está diciendo en realidad que la legislación vigente no es aplicable por irracional y en consecuencia procede dar una solución distinta: una interpretación innovadora, en el caso del juez, o una propuesta de *iure condendo*, en el caso de la doctrina.

Hay que distinguir –decía– lo que es una laguna propiamente dicha de lo que es una interpretación innovadora o una propuesta *de iure condendo*. En tal sentido prevenía el Pro-presidente de la Comisión Pontificia para la Revisión del Código de Derecho canónico: "me parece oportuno prevenir contra cierto tipo de interpretación de carácter –diría– más bien filosófico, que presta atención sobre todo a las grandes líneas de la legislación, a la estructura conceptual que la anima, y de ahí saca las consecuencias que juzga lógicas, atribuyéndoles casi valor legal. En otras palabras, se toman dos o tres ideas fundamentales de la eclesiología, y después, en base a ellas, se construye un sistema coherente (subjektivamente), sin preocuparse de encontrarle un lugar adecuado en los cánones. Este sistema presta gran atención a la sistemática, a la que da un valor determinante y

acusa fácilmente de lacunoso e incoherente al código, cuando no ve confirmadas sus propias deducciones"¹².

En relación con las lagunas propiamente dichas no me parece que puedan desempeñar un gran papel ni los principios generales del Derecho, ni la jurisprudencia, ni la opinión común y constante de los doctores. En efecto, para dar cumplimiento a ciertas leyes –como la antes mencionada de atender adecuadamente a la seguridad social del clero–, se han de llevar a cabo diversas gestiones y dictar disposiciones de diverso orden. El vacío legal en torno a cómo en concreto se atiende a esa seguridad social difícilmente puede colmarse con principios generales del Derecho o con la opinión de los doctores.

Por Derecho supletorio no hay que entender algo tan sutil y vaporoso como los principios generales del Derecho, la opinión de los doctores, etc. El Derecho supletorio es Derecho positivo y en cuanto tal ocupa un número concreto de páginas, está estructurado en artículos o cánones, etc. En tal sentido podemos decir que los cc. 1400 a 1670 –sobre los juicios en general– constituye Derecho supletorio, respecto a los cc. 1671 a 1707, que se ocupan de los procesos matrimoniales. Las normas relativas a los procesos especiales tratan muy sucintamente de las pruebas, nada del patrocinio gratuito, etc. Por ese motivo –como por lo demás recuerda el c. 1691, respecto a los procesos matrimoniales– hay que acudir a los cánones sobre los juicios en general y sobre el juicio contencioso ordinario. En el mismo sentido se dice que las normas sobre la compraventa civil constituyen Derecho supletorio, en relación con la compraventa mercantil. En el mismo sentido, el Derecho foral catalán declara como Derecho supletorio el Derecho canónico.

Para entender que el c. 19 dota al Derecho canónico latino de un Derecho supletorio, habría que compartir la opinión –por cierto bastante fundada– de Anna Ravà, según la cual ese Derecho supletorio no es en definitiva otro que el Derecho romano, pues esos

¹². *Criteri di lettura e comprensione del nuovo Codice*, en "Apollinaris" 56 (1983), pp. 359-360.

principios generales no son otra cosa que Derecho romano¹³. Ello es muy congruente con la tradición de que los canonistas cultiven el *utrumque ius*. Y es también muy congruente con la advertencia de que ese Derecho romano ha de ir acompañado de equidad canónica.

Lo que no puedo compartir es que el uso del razonamiento analógico pueda considerarse una fuente de Derecho supletorio. Ello, a mi entender, es confundir una concreta técnica jurídica con algo muy distinto: el Derecho supletorio, que como dije, ha de ser un texto jurídico palpable, que se puede asir con la mano y consta de un determinado número de páginas.

El c. 19 –como puse de relieve al principio– proviene de un código civil en el que se pretendía prevenir que los jueces se abstuviesen de dictar sentencia, con el pretexto de la lacunosidad u oscuridad de la ley. La hipótesis contemplada es *en ausencia de ley*. Como ya dije, por ley hay que entender en este contexto *legislación ordinaria*.

Antes contrapuse *legislación ordinaria* a norma de rango superior: constitución o Derecho divino. Ahora quiero resaltar que cuando se habla de ausencia de ley, la expresión *ley* no significa ley formal; es decir, acto normativo del parlamento, sino la llamada *legislación ordinaria*. Por ausencia de ley hay que entender igualmente ausencia de decretos del consejo de ministros, de órdenes ministeriales, incluso de resoluciones. Lo propio cabe decir en el ámbito canónico. Ausencia de prescripción expresa de la ley significa igualmente ausencia de disposición expresa aplicable al caso. Tal disposición no tiene que ser necesariamente una ley, en sentido restringido de acto dotado de generalidad e inserto en el AAS.

La hipótesis contemplada en el antiguo c. 20 era la siguiente: "cuando sobre una determinada materia no existe prescripción expresa de la ley". En su redacción actual la hipótesis es: "cuando no existe prescripción de la ley o una costumbre". Es decir, para que tenga cabida la analogía, los principios generales del

¹³. *Il problema...*, cit, p. 167. El texto más expresivo es la glosa ad v. *Adiuvamur* (X,5,32,11): *Et ita in causa ecclesiastica leges possumus allegare, ut etiam si canones deficiant, possit iudicare secundum leges*.

Derecho, etc.– no es suficiente la ausencia de prescripción expresa en la legislación ordinaria. Ha de haber también ausencia de costumbre. Yo veo en esta modificación –quizá me equivoque porque no lo sé– la mano de Pedro Lombardía que valoraba mucho la costumbre como fuente del Derecho canónico, a propósito de la cual recordaba un pasaje de la constitución conciliar *Lumen gentium*, donde se habla de la acción común a todos los fieles¹⁴. ¡Qué pena, no tenerlo entre nosotros, para poder contar con sus valoraciones y comentarios, profundos, sólidos, expuestos con vigor y firmeza, pero también con una humildad y sencillez admirables!

Los códigos civiles enuncian una jerarquía en las fuentes del Derecho según la cual sólo cabe recurrir a la costumbre en defecto de ley ¹⁵. En el ámbito canónico no se puede decir lo mismo, desde el momento en que tiene cabida la costumbre *contra legem*. Cabe enunciar incluso el principio contrario: las leyes son de aplicación, cuando no existe una costumbre contraria a ellas. Evidentemente debe tratarse de una costumbre, prescrita, racional, etc.; pero en definitiva caben costumbres contrarias a la ley e incluso contrarias a las leyes que prohíben introducir costumbre.

El olvido de la costumbre en el c. 20 del derogado Código de Derecho canónico no tuvo mayor trascendencia, pues resultaba patente el valor de la costumbre *contra legem*, pero pone de relieve el carácter *intruso*, por así decirlo, de la cláusula de estilo que venimos comentando.

Ese olvido y reciente recuperación de la costumbre como fuente del Derecho en el c. 19 pone de relieve otro malentendido: confundir el carácter supletorio de ciertas normas con la jerarquía de fuentes del Derecho. La mayor exageración que en este campo se ha producido ha sido la de entender, que entre analogía, principios generales del Derecho, etc., se da una jerarquía, de forma que sólo cabe acudir a los principios generales, cuando la analogía no resuelve la cuestión;

¹⁴. *Lecciones de Derecho canónico*, Madrid, 1984, p. 157.

¹⁵. Vid. por todos el Código civil español, art. 1.3.

etc., ocupando el último lugar la opinión común y constante de los autores¹⁶.

Los códigos civiles –como ya dije– establecen una jerarquía entre ley y costumbre. Ello quiere decir que si una misma materia es regulada por dos fuentes –ley y costumbre– prevalece la primera sobre la segunda. Ahora bien, esta jerarquía de fuentes, nada tiene que ver con el problema de las lagunas. Esa jerarquía de fuentes es de aplicación cuando ambas regulan una misma materia; pero resulta inaplicable, como parece de todo punto lógico, cuando una fuente regula algo y la otra no.

Al respecto hay que llamar la atención sobre el hecho de que el Derecho supletorio con frecuencia no es de rango inferior al Derecho suplido. Tal acontece en el caso contemplado en el c. 174, donde se establece que es lícito llevar a cabo una elección mediante compromisarios; pero añade: *a no ser que los estatutos prevean otra cosa*. No se trata de que esta norma codicial sea de rango inferior a la norma estatutaria. Pretende simplemente colmar una laguna. Si los estatutos nada dicen sobre el particular, la elección mediante compromisarios es posible. Es frecuentísimo en la técnica legislativa canónica el *nisi aliud expresse caveatur*, tendente a evitar lagunas. En la misma línea, muchos cánones relativos a los institutos de vida consagrada sólo aspiran a suplir lo establecido en las constituciones que, al estar aprobadas en forma específica, prevalecen sobre el Derecho codicial. Es una concreción del principio: *leges generales non debent extendi ad leges quae habent suam particularem provisionem*.

En el ámbito canónico, como ya recordé, en base a un principio general del Derecho –*ad impossibilia nemo tenetur*–, se introdujo un nuevo capítulo de nulidad. Decía el c. 1092 del antiguo código, en relación con el matrimonio bajo condición, que la condición necesaria, imposible o torpe debería tenerse *por no puesta*. La opinión común y

¹⁶. Vid. sobre esta cuestión GIORGIO FELICIANI, *L'analogia nell'ordinamento canonico*, Milán, 1968, p. 129.

constante de los doctores, lo mismo que la jurisprudencia, sostuvo, por el contrario, que semejante criterio –claramente pensado para el testamento– era inaceptable. De poco valió el c. 18 que decía: *las leyes eclesiásticas han de ser entendidas según la propia significación de las palabras*, etc.

En suma, lo que quiero poner de relieve es que los criterios establecidos por el c. 19 para dirimir causas en defecto de una disposición expresa, en modo alguno constituyen propiamente un Derecho supletorio. Operan sobre una norma ya existente, hasta el punto de hacerla en algunos casos no operativa. Ello plantea la dialéctica juez *versus* legislador.

En el sistema europeo continental, la fuente de Derecho por excelencia es la ley. Los jueces, cuya discrecionalidad odiaban los instauradores del nuevo orden constitucional postrevolucionario, han de ser los meros aplicadores de la ley y en modo alguno pueden innovar el Derecho. El juez, como decía el mítico Montesquieu, ha de ser la mera voz de la ley, una máquina de aplicar las decisiones parlamentarias y las normas de rango inferior dictadas por el poder ejecutivo para darles cumplimiento.

Es en este contexto donde encuentra su razón de ser la cláusula de estilo que venimos comentando: "cuando falta una disposición expresa de la ley...". Si el juez debe aplicar la ley, sólo la ley y nada más que la ley, ¿puede abstenerse de dictar sentencia, cuando no encuentra disposición legal aplicable al punto controvertido?

Con anterioridad a la instauración de este sistema de fuentes, los jueces aplicaban junto con la ley el Derecho romano en el que ésta quedaba encuadrada. El Derecho romano, como es sabido, comenzó a utilizarse en Europa simplemente por razón de su propia autoridad; el fenómeno de la recepción del Derecho romano no consiste en que un parlamento hubiese decretado su aplicación. Con la instauración del nuevo orden constitucional, el Derecho romano es sustituido por un código civil, cuya fuerza de obligar proviene de que ha sido aprobado por el parlamento. Dicho de otra manera, el Derecho romano, pobremente resumido en un código bajo la presión de un

general francés, al que –según dicen– le gustaba intervenir directamente en la redacción del texto, se convierte en ley parlamentaria. El Derecho privado queda así nacionalizado. Deja de existir ese *ius commune* para toda Europa que fue el Derecho romano, que es sustituido por un código llamado civil.

Este sistema de fuentes que acabamos de recordar, como es sabido, no se imitó en los países anglosajones. Sigue allí existiendo el llamado *common law*, que se contrapone al *statute law*, de manera que las fuentes del Derecho son dos: los actos parlamentarios o *statute law* –lo que nosotros llamamos leyes– y el *common law*, que constituye un acervo de sabiduría jurídica, fruto principalmente de la jurisprudencia. No hubo allí un militar que resumiese el *common law* en un librito, convirtiendo a continuación ese librito en norma parlamentaria. La vigencia de ese *common law* excluye, como es fácil comprender, la existencia de un precepto similar al c. 19. Como consecuencia de haber cursado estudios de Derecho, se presupone que el juez debe conocer cuándo y en qué medida debe aplicar el *common law* y cuándo el *statute law*. Se trata de una jurisprudencia creativa, que innova el Derecho y no se limita simplemente a aplicar las decisiones parlamentarias, pues al aplicarlas las encuadra y las convierte en *common law*. Ello trae como consecuencia que el Derecho anglosajón se presenta como un conjunto de casos, frente al Derecho europeo continental, que se presenta como un conjunto normativo, en el que las decisiones sobre casos particulares tienen la consideración de meros ejemplos confirmatorios de las abstractas soluciones legales.

El Derecho canónico precodicial es sin duda un sistema jurídico casuístico, como recordaba Kuttner en el discurso pronunciado aquí en Roma con ocasión de la celebración oficial del quincuagésimo aniversario del Código de Derecho canónico de 1917¹⁷. Las

¹⁷. *Il codice di diritto canonico nella storia*, en "Attività della Santa Sede", Ciudad del Vaticano, 1967, pp. 1633 y ss. ; publicado también en "Miscellanea in honorem Dini Staffa et Pericli Felici S.R.E. Cardinalium", vol. 1, Roma, 1968, pp. 10 y ss.

decretales de Gregorio IX –por centrarme en el núcleo más significativo del *Corpus Iuris Canonici*, vigente hasta la codificación de 1917– no son leyes en el sentido de regulación abstracta de una conducta. Son un conjunto de decisiones relativas a casos concretos, de las que cabe deducir reglas generales. Y era la doctrina la encargada de formular abstractamente lo regulado por los papas, presentando ese conjunto de decisiones sobre casos concretos de forma sistemática.

La Iglesia ha sido tradicionalmente gobernada a través de decretales, que –como me esfuerzo en resaltar– es una fuente del Derecho no asimilable a lo que en Derecho secular denominamos ley o acto jurídico parlamentario: *parliament act*. Cuando digo *decretales* tomo esta expresión en un sentido amplio, que incluye los actos de las Congregaciones. Será la resolución de casos concretos por parte de las Sagradas Congregaciones –especialmente la del Concilio– la que innove y cree Derecho, tras el concilio de Trento. En la mayoría de los casos, esas decisiones, no es sólo que no cumplan la noción de ley formal, sino que ni siquiera cumplen la noción de ley material. No son una *ordinatio rationis ad bonum commune*, sino que tienen por término la resolución de un caso particular.

Las decretales participan de la naturaleza jurídica de la ley, de la sentencia y del acto administrativo. De la sentencia tienen el que resuelven un caso concreto y que esa resolución se basa en unas consideraciones *in iure et in facto*. Del acto administrativo tienen el que no se resuelven sujetándose al Derecho procesal, siguiendo un proceso propiamente dicho, sino –como diría de Diego Lora– un procedimiento. Además esas decisiones no provienen de un juez –en cuyo caso nos encontraríamos ante una sentencia–, sino de un oficio extrajudicial. De ley tienen el que la decisión –especialmente si se inserta en el *Acta Apostolicae Sedis*– se convierte en paradigma de decisión para casos similares, adquiriendo así una generalidad de la que no gozan las sentencias.

Hechas estas consideraciones, procede preguntarse: tras la codificación, que expresa mediante enunciados abstractos el Derecho

de decretales, ¿se convierte el Derecho canónico en un sistema jurídico similar al sistema continental europeo o cabe, no obstante, encuadrarlo o asimilarlo más bien a los sistemas jurídicos de *common law*?

Indudablemente la codificación acerca el Derecho canónico al sistema jurídico continental, en la medida en que no son frecuentes en los países de *common law* codificaciones tan omnicomprendivas y abstractas; pero lo que continúa faltando tras la codificación canónica es la supremacía de la ley sobre otras fuentes de producción del Derecho, en la medida en que en la Iglesia no existe un parlamento, cuyas decisiones deban prevalecer sobre aquéllas. Tras la codificación de 1917 no se puso término al modo de crear Derecho por el procedimiento decretalístico. Un ejemplo típico lo encontramos en las sucesivas resoluciones de casos particulares por los Papas Pío XII, Juan XXIII y Pablo VI, que condujeron a una modificación de lo que podría denominarse criterios normativos generales sobre disolución de matrimonios *in favorem fidei*, ampliando las posibilidades de disolución. El famoso decreto *Corrientensis* de 13 de noviembre de 1920, por el que la Sagrada Congregación del Concilio respondía a una consulta procedente de la diócesis de Corrientes, en Argentina, en la que se preguntaba si la sociedad de San Vicente de Paul puede considerarse sometida a la regulación del Código de Derecho Canónico en los cánones que tratan de las asociaciones, puede considerarse otro ejemplo de creación de Derecho semejante al sistema decretalístico.

Por poner un último ejemplo –ya mencionado–, la incapacidad de asumir las obligaciones conyugales esenciales como capítulo de nulidad matrimonial, así como el grave defecto de discreción de juicio acerca de los derechos y deberes esenciales del matrimonio, de que hoy habla el c. 1095, son innovaciones introducidas por la jurisprudencia; no por el poder legislativo.

En los sistemas de *common law* es la jurisprudencia y no el acto parlamentario lo que se considera Derecho, hasta el punto de que los estudios de Derecho consisten en el estudio sistematizado de la

jurisprudencia y no en un estudio sistematizado de las leyes. Este modo de entender el Derecho resulta, a mi modo de ver, muy congruente con una institución que, como la Iglesia, carece de un órgano legislativo que pueda equipararse al parlamento.

Como consecuencia de lo dicho, resulta muy artificioso contraponer ley a jurisprudencia y praxis de la Curia Romana, para establecer: en ausencia de ley, acúdase a la jurisprudencia y a la praxis de la Curia Romana. No veo gran diferencia entre una y otra¹⁸. Hay que tomar en consideración que el M. P. de Benedicto XV *Cum iuris canonici Codicem*¹⁹ ciertamente pretendía que las Sagradas Congregaciones se limitasen a colmar las lagunas del código; pero tal disposición –nº II–, lo mismo que la nº III, nunca se observó. El correspondiente c. 20 adolecía de la misma falta de realismo. Y ello no se ha corregido en el actual c. 19.

Una decisión de la Curia Romana relativa a un caso concreto no convierte necesariamente a esa decisión en paradigma de decisiones similares. En el Derecho de decretales la elevación de una decisión concreta a criterio aplicable con generalidad tenía lugar mediante su inserción en una colección oficial. En el mismo sentido, la Constitución *Promulgandi*²⁰, de Pío X, declara el AAS colección oficial. Pero casi simultáneamente el *Ordo servandus in moderatione et administratione Comentariorum officialium*²¹ elimina esa función, al dividir el AAS en dos secciones una *ufficiale* y otra *illustrativa*, la primera destinada a contener disposiciones con la fuerza y generalidad propias de la ley, aunque resolviesen un caso concreto, y la segunda encaminada a dar a conocer la praxis de la Curia romana sobre determinadas cuestiones. Pero esta distinción nunca fue observada, con la consecuencia práctica de que carecemos de un criterio formal – la inserción en una colección oficial– para dictaminar cuándo la

¹⁸. JUAN IGNACIO ARRIETA hace notar que la relevancia como fuente de la praxis va mucho más allá de la función supletoria (*Il valore...*, cit. p. 98).

¹⁹. 15-IX-1917, AAS 9 (1917) p. 482).

²⁰. AAS 1(1909) p. 5 y ss.

²¹. AAS 2(1910) pp. 37-39.

resolución de un caso concreto pasa a tener la generalidad propia de la ley y cuándo no.

Ante esta ausencia de un criterio formal que nos permita conocer cuándo y dónde nos encontramos ante una disposición con la generalidad propia de la ley, la tarea de seleccionar lo que deba entenderse por ley se ha convertido en tarea particular, en cierto modo similar a la del maestro Graciano. En la magnífica compilación de Javier Ochoa, *Leges Ecclesiae post Codicem Iuris canonici editae*,²² se recogen y consideran leyes decisiones insertadas en las publicaciones más diversas y que no aparecen en el AAS. La situación se ha ido agravando. Estar suscrito hoy día al AAS no sirve para conocer las innovaciones legislativas nada más que en una mínima parte.

En suma, en determinadas ocasiones –en relación con determinados actos provenientes de la cancillería pontificia– resulta difícil dictaminar si nos encontramos ante una ley –es decir una norma dotada de generalidad– o ante una mera praxis de la Curia romana. La cuestión no tiene mayor transcendencia práctica. Cabe considerar que un acto proveniente de la cancillería pontificia no merece la consideración de ley, en cuyo caso se aplica el criterio allí sentado no en calidad de ley, sino en calidad de Derecho supletorio de la ley. O por el contrario, cabe otorgarle la calificación de ley, en cuyo caso el criterio no se aplica como Derecho supletorio, sino como criterio legal.

La jurisprudencia propiamente dicha –es decir, las decisiones que provienen de un tribunal y no las provenientes de un órgano extrajudicial– se presenta como interpretación de la ley, en cuyo caso es la propia ley la que se aplica. ¿Dónde están los límites entre interpretación y suplencia? ¿Qué hacen la analogía, los principios generales, la jurisprudencia, la praxis, etc.?: ¿suplir la ley o interpretarla? Muchos autores –así Lombardía en sus *Lecciones de*

22. Roma, 1967 y ss.

*Derecho canónico*²³– dedican un único epígrafe al tema *interpretación y Derecho supletorio*, conscientes de la dificultad de delimitar ambas cuestiones.

Por mi parte, como ya dije, el deslinde ha de hacerse así. El Derecho supletorio –el que presupone una laguna– hace referencia a cuestiones no de Derecho sustantivo, sino procedimental o de ejecución. En relación con el Derecho sustantivo sólo cabe la interpretación, que ciertamente puede ser creativa, extensiva o innovadora.

Lo hasta ahora dicho nos permite abordar una ulterior cuestión: la consideración del Derecho canónico como sistema. ¿Se convierte el Derecho canónico a raíz de la codificación en un sistema normativo cuyo cierre es el canon 20, hoy 19? En otras palabras, tras la codificación, ¿se convierte el Derecho canónico en un sistema normativo en el que todo está previsto y regulado y cuyas posibles fisuras se corrigen con el citado precepto relativo al modo de colmar lagunas?

En la respuesta a este interrogante no hay que tener sólo en cuenta la pretensión sistemática y exhaustiva a la que toda codificación por naturaleza tiende. Hay que tomar en consideración también la teoría de los ordenamientos jurídicos primarios de Santi Romano, que irrumpe en el ámbito canónico simultáneamente a la codificación. En 1917 y en 1918 aparece publicada por vez primera en los "Annali delle Università Toscane" su famosa monografía cuyo primitivo título fue: *L'ordinamento giuridico: studi sul concetto, le fonte e i caratteri del diritto*.

Es esa obra la que contribuye, quizá más que la codificación, a considerar el Derecho canónico como un conjunto normativo coherente, sistemático y clausurado en sí mismo. Indudablemente el que el Derecho canónico acabase de ser codificado contribuía a favorecer esa visión.

²³. Madrid, 1984.

La teoría de los ordenamientos de Santi Romano más que pretender explicar lo que el ordenamiento canónico es en sí mismo pretende explicar lo que el Derecho canónico es en el contexto de un panorama jurídico en el que el fenómeno Derecho se ha nacionalizado. Como consecuencia del fenómeno de la estatalización del Derecho, el Derecho canónico había quedado desubicado en el mundo del Derecho, hasta el punto de que algunos autores pusieron en tela de juicio o incluso negaron su juridicidad. Al no ser reconducible el fenómeno *Derecho canónico* al fenómeno *Estado* no resultaba posible fundamentar su juridicidad. Todo lo que Santi Romano tuvo que hacer fue sustituir la noción de *Estado* por la de *institución originaria y soberana*. La noción de institución originaria y soberana comprende no sólo a los Estados, sino también a la Iglesia católica. El concepto de Derecho es sustituido por el de ordenamiento jurídico, en el que el Derecho canónico ha de ser considerado un ordenamiento jurídico más.

La doctrina de los ordenamientos jurídicos primarios ha tenido gran aceptación entre los canonistas. Como puso se relieve otro de los grandes maestros que hoy conmemoramos –Pietro Agostino d'Avack²⁴–, mediante la teoría de los ordenamientos jurídicos primarios se vino a sostener las mismas tesis que propugnaba el Derecho público eclesiástico, pero con un lenguaje moderno –el propio de la teoría general del Derecho– y asequible para el jurista secular. La Iglesia y el Estado pasan a ser considerados en vez de dos sociedades jurídicas perfectas dos ordenamientos jurídicos primarios. Los concordatos, a partir de entonces, se entienden en clave de teoría de los ordenamientos: recepción formal, recepción, material, presupuestos de hecho, etc. No cabe duda de que la teoría de los ordenamientos jurídicos primarios –la consideración del Derecho canónico como un ordenamiento– ha prestado y continúa prestando un gran servicio como cauce jurídico para las relaciones entre la

²⁴. *Corso di diritto canonico*. vol. 4. *Introduzione sistematica al diritto della Chiesa*, Milán, 1956, p. 130; *Trattato di diritto canonico. Introduzione sistematica generale*, Milán, 1980, p. 197 y ss.

Iglesia y el Estado. Ahora bien, a mi entender, no explica bien lo que el Derecho canónico es en sí mismo.

En el proceso de elaboración del código de 1983 se enfrentaron dos actitudes, dos modos de entender el Derecho que se corresponden con el modelo anglosajón y el modelo europeo continental, que entiende el Derecho como un complejo normativo cuyo principal valor es la coherencia sistemática.

Representante de la primera actitud es el profesor Stephan Kuttner, que dedicó un breve estudio a este tema. Tras señalar que en la época clásica sólo escasísimos autores –como Sicardo de Cremona u Honorio Richmond– intentaron introducir una sistemática dentro del orden legal, concluye: "tampoco nosotros debemos hoy intentar un sistema perfectamente lógico para el nuevo código, sino sólo una ordenación razonable"²⁵. El motivo que alega no es por supuesto que haya que imitar necesariamente a los canonistas clásicos, sino que "no puede establecerse a priori un sistema de validez absoluta; por lo que tampoco debemos intentar un sistema perfecto"²⁶. Tal actitud no impide a Kuttner efectuar acertadas críticas a la sistemática de la codificación de 1917, ni proponer nuevos modos más razonables de distribuir las diversas materias que el código de 1917 contempla.

Aymans, por el contrario, aun considerando que debe ser tenida muy en cuenta esta actitud de Kuttner, entendió que, si bien era procedente evitar los optimismos de la Ilustración, respecto a la posibilidad de crear mediante una codificación un sistema abstracto perfecto, cabía combinar una ordenación práctica de las materias con una coherencia lógica, constituyendo la consecución de ambos objetivos el ideal de la codificación²⁷. En esta misma línea hay que situar a Mörsdorf y a la tesis doctoral del Heribert Schmitz, por él

²⁵. *Betrachtungen zur Systematik eines neuen Codex Iuris Canonici*, en "Ex Aequo et bono. Willibald M. Plöchl zum 70. Geburtsstags", Innsbruck, 1977, p. 18.

²⁶. *Ibid.* l.c.

²⁷. *Der strukturelle Aufbau des Gottesvolkes*, en "Archiv für katholisches Kirchenrecht", 148 (1979), pp. 23-24.

dirigida, en la que desarrolla la idea de que la ordenación de materias no sólo debe constituir una ordenación práctica (*praktische Stofanordnung*), sino también una ordenación lógica (*logische Stofanordnung*), de tal manera que la ley debe carecer de contradicciones y lagunas y responder a todas las cuestiones planteadas por el legislador. La ordenación lógica –dice– tiene por misión que la ley sea omnicompreensiva y completa, mientras que la ordenación práctica debe hacer visible y manifiesto ese orden lógico²⁸.

En el caso del Derecho de decretales, sistematizado conforme al hexámetro de Bernardo de Pavía –*iudex, iudicium, clerus connubia, crimen*–, es fácil aceptar que nos encontramos ante una mera compilación, sin mayor pretensión que la de dividir la recopilado en cinco libros, subdivididos en títulos y cánones para facilitar su cita. Pero, ¿qué sucede con las codificaciones de 1917 y de 1983? ¿Constituyen esos códigos un mero elenco de preceptos similar al de una compilación o por el contrario establecen un sistema normativo, cuyo valor reside más en el sistema jurídico instaurado que en los preceptos que propone aislada e individualmente considerados?

Al respecto hay que apreciar una pequeña pero significativa diferencia entre el antiguo y el nuevo código. El antiguo precribía que, en caso de oscuridad o duda relativas a las leyes habría de acudirse a lugares paralelos del código²⁹; el nuevo no habla de lugares paralelos del código, sino de lugares paralelos *tout court*³⁰. En fin, no es tan optimista en torno a la posibilidad de resolver las oscuridades del código con el propio código.

En esta misma línea cabe resaltar otra diferencia importante entre el antiguo código y el nuevo; tema sobre el que versó mi ponencia en el V Congreso Internacional de Derecho canónico celebrado en Ottawa

²⁸. *Die Gesetzssystematik des Codex Iuris Canonici*, Munich, 1963, pp. 3-5.

²⁹. Cfr. c. 18.

³⁰. Cfr. c. 17.

en 1984³¹. La sistemática del nuevo código es ecléctica. Es fruto de un compromiso entre opiniones encontradas; y de ella no cabe extraer grandes consecuencias de orden sistemático. Faltó, a diferencia de lo acontecido con el código del 17, un Gasparri que impusiese su propio pensamiento que –discutible o no– diese unidad sistemática a la codificación.

No debe esto considerarse un defecto de la nueva codificación. Las codificaciones –como los historiadores del Derecho han hecho notar–, la de Justiniano, las Partidas, el propio Decreto de Graciano, tuvieron inicialmente un valor puramente escolástico. Sólo posteriormente fueron elevadas a la categoría de Derecho vigente. En efecto, la doctrina de un autor, por brillante que éste sea, no puede ser considerada Derecho vigente, pues caben otras legítimas opiniones y visiones del Derecho canónico. Es de admirar una exposición sistemática y coherente del Derecho vigente, en forma de tratado o de manual; pero siempre y cuando se trate de una obra privada.

Frente al modelo anglosajón, el Derecho continental europeo, como ya hice notar, tiende a ser concebido como un *complexus legum*. Ese conjunto de leyes es el resultado casual de normas de muy distinta proveniencia, en cuanto al tiempo, a la mentalidad de quien las promulgó y en cuanto a los cometidos que persiguen; en suma, se trata de un conjunto de normas caótico e incoherente. Es además incompleto, lo que da lugar a continuas modificaciones. No me parece que se pueda considerar uno de sus atributos la nota de la *completezza*.

Se procura darle algo de coherencia estableciendo una jerarquía entre esas normas para resolver las contradicciones. Valor supremo tiene la constitución, después la ley en sentido formal –es decir, el acto parlamentario–, a continuación, vienen el decreto, la orden ministerial, etc. Ello no asegura demasiado la coherencia de ese *complexus*

³¹. *The method of the Codex Iuris Canonici*, en "The new Code of Canon Law", Ottawa, 1986, pp. 141-154; también publicado en versión castellana en "Ius Canonicum" 25 (1985) n° 49, pp. 13-28.

legum. En primer lugar, porque no impide la incoherencia de normas del mismo rango. En segundo lugar, porque, hasta que se produzcan los reglamentos y demás normas que ejecutan las leyes, deben aplicarse los reglamentos antiguos. Además, es muy difícil obtener de los tribunales el respeto de esa jerarquía normativa.

Pedro Lombardía³², apoyado tíbiamente por Gismondi³³, aspiraba a que la Iglesia estuviese dotada de una constitución formal; y cifraba grandes esperanzas en el establecimiento de una jerarquía normativa.

El día 20 de noviembre de 1965, en la Sala del Consistorio, a las doce y media, en presencia de los cardenales miembros de la Comisión para la Revisión del Código de Derecho canónico, allí reunidos bajo la presidencia del Card. Ciriaci, junto con el Secretario de la Comisión –Revmo. P. Bidagor– el Secretario adjunto –Mons. Onclin– y los relatores de los trabajos de las Comisiones preparatorias R. R. Faltin, Sabattani y Rousseau, Su Santidad PABLO VI pronunció un discurso en el que, entre otras cosas, dijo: "Peculiaris vero hic existit quaestio eaque gravis, eo quod duplex est Codex Iuris Canonici, pro Ecclesia Latina et Orientali, videlicet num conveniat communem et fundamentalem condi Codicem, ius constitutum Ecclesiae continentem"³⁴. A partir de ese momento se comenzó a especular si sería conveniente introducir en el sistema de fuentes del Derecho canónico una ley fundamental, de rango superior a las ordinarias, e incluso un tribunal constitucional; pero esta idea finalmente fue abandonada.

Entiendo que tal abandono fue un acierto. En efecto, no procede convertir –aplicándole la técnica jurídica constitucional– el Derecho divino en Derecho constitucional por dos razones. En primer lugar, porque no todo el Derecho divino es materia propia de Derecho

³². Cfr. El proyecto de Ley fundamental de la Iglesia, Texto bilingüe y análisis crítico, Pamplona, 1971, pp. 76-100.

³³. Cfr. *Lex fundamentalis Ecclesiae*. Atti della Tavola rotonda a cura di A. Moroni. Macerata 12-13 ottobre 1971, Milán, 1973, p. 40.

³⁴. AAS 57 (1965) p. 988; *L'Osservatore Romano* 21-XI-1965, p. 1; "Communications" 1 (1969) p. 41.

constitucional. Tal acontece con los referidos cánones relativos al matrimonio. En segundo lugar, cuando un criterio, una institución o una norma merecen la consideración de Derecho divino, poseen por ese capítulo el máximo rango como fuente del Derecho; y nada añade que aparezca formalizado con rango constitucional.

Cabría dar rango constitucional a preceptos o criterios de mero Derecho eclesiástico. Pero ello, tampoco parece que pueda resultar de gran utilidad. En el ámbito secular, la elaboración de un texto constitucional conlleva un procedimiento específico y corresponde a un órgano también específico, que desaparece, una vez producida la norma. En el ámbito canónico, siempre tendría que quedar en manos del Papa la posibilidad de modificar la constitución. ¿Para qué convertir en constitucional una norma que el legislador ordinario puede modificar?

También Lombardía abogaba –y en la medida en que le resultó factible procuró introducir sus ideas en el nuevo código– por distinguir normas de diversos rangos dentro del ordenamiento canónico: leyes y reglamentos, llamados estos últimos en el nuevo código *decretos generales ejecutorios*. Así lo expuso en sus *Lecciones de Derecho canónico*³⁵, si bien al final de su exposición reconocía la dificultad de llevar a la práctica semejante jerarquía de normas. La principal dificultad estriba en que –como es frecuente en el ámbito canónico– cuando quien da una norma necesitada de ejecución es el mismo que el que da las normas encaminadas a ejecutarla, la incoherencia que pueda resultar ha de ser resuelta mediante el criterio de que la norma posterior deroga a la anterior. No veo en ello grave inconveniente. No se produce así la situación ya apuntada de que una nueva ley deba ser interpretada de acuerdo con el reglamento correspondiente a la ley antigua.

Como tuve ocasión de hacer notar, al escribir sobre *Los actos pontificios como fuente del Derecho canónico*³⁶, la jerarquía de

³⁵. Madrid, 1984, pp. 161-163.

³⁶. En "Ius Canonicum" 16 (1976) n° 32, pp. 245-292.

normas se corresponde con una jerarquía de órganos de donde emanan. Ello en definitiva significa que las decisiones del parlamento prevalecen sobre las del gobierno. En la Iglesia no existe, ni le corresponde existir, una asamblea parlamentaria con la misión de dar normas a las que deba someterse la Curia Romana. En tales condiciones, no resulta factible distinguir entre ley –norma de rango superior– y reglamentos, de rango inferior, provenientes ambos de la misma Curia Romana. Esa jerarquía de normas, en razón del órgano de donde provienen, está también presente en la Iglesia. Pero no se da entre parlamento –que no existe– y poder ejecutivo, sino que se corresponde con la jerarquía existente en la Iglesia: Santa Sede, Conferencia episcopal, diócesis, Ordenes religiosas, etc.

Más interesante que esa jerarquía normativa –jerarquía de órganos– es la que proviene de distinguir entre leyes meramente eclesásticas y leyes que expresan algún contenido de Derecho divino, natural o positivo. Estas últimas están llamadas a prevalecer sobre cualquier otro criterio jurídico. El Derecho divino está llamado en el ámbito canónico a permear toda decisión, todo criterio jurídico. Cualquier criterio de Derecho divino puede encontrarse, como es lógico que suceda, en las sentencias de los tribunales, sean del rango que sean, o del legislador, ocupe el rango que ocupe en la jerarquía eclesástica. Por el contrario, el contenido de un acto pontificio puede consistir en una ley meramente eclesástica. El necesario contraste con el Derecho divino hace que cobre especial relieve la idea de racionalidad de la ley. En el ámbito canónico –ha dejado escrito Lombardía– la ley "no fundamenta su eficacia sólo en la *voluntas principis*, sino fundamentalmente en la *rationabilitas*"³⁷.

El Derecho constitucional tiene en el ámbito estatal una consideración semejante a la que el Derecho divino tiene en el ámbito canónico, en el sentido de que el Derecho constitucional debe prevalecer sobre cualquier otra norma o fuente de producción del

³⁷. *Técnica jurídica del nuevo Código*, en "La nueva codificación canónica", XVIII Semana Española de Derecho canónico, Salamanca, 1984, p. 149.

Derecho. Ahora bien, esa prevalencia en los sistemas continentales está muy limitada, porque el juez ordinario no puede juzgar la adecuación de la ley a la Constitución. Para ello ha de acudir a un tribunal *ad hoc*. La posición de los jueces eclesiásticos es más semejante a la de los jueces del sistema anglosajón. Dada la racionalidad de la ley –que incluye su adecuación, la máxima adecuación, de las conductas al Derecho divino–, el papel de los jueces no queda relegado, como en el ámbito europeo continental, al de meros aplicadores de normas, respecto a las cuales les viene dada una jerarquía, en cuyo último lugar se encuentra un mal llamado Derecho supletorio.

Después de todas estas consideraciones, parece llegado el momento de efectuar unas consideraciones conclusivas.

1ª. Son lagunas propiamente dichas las creadas conscientemente por el legislador. Generalmente se producen cuando el legislador da un mandato genérico que admite múltiples concreciones, en cuanto al modo, procedimiento, plazo, etc. Concretar ese mandato genérico corresponde habitualmente al poder ejecutivo.

No nos encontramos ante una laguna propiamente dicha, en aquellos casos en que la ley no necesita ejecución, sino simplemente aplicación, por difícil que su interpretación sea.

El legislador también genera conscientemente lagunas, cuando dispone de una legislación general, aplicable en defecto de normas especiales.

2ª. No es misión del juez –sino generalmente de quienes tienen poder ejecutivo– colmar éstas que llamo lagunas propiamente dichas. El juez debe simplemente aplicar el Derecho. Esa tarea previa no puede consistir en dividir las leyes en no lacunosas y lacunosas, aplicándolas en el primer caso, pero no en el segundo.

3ª. El contenido del c. 19 no proviene de la tradición canónica, sino que se hace eco de una cláusula de estilo propia de los códigos civiles.

4ª. En su contexto civilístico, tal precepto tenía por función prevenir que los jueces se abstuviesen de dar sentencia, so pretexto

de oscuridad o lacunosidad de la ley, indicándoles el modo de superar esa oscuridad o lacunosidad.

Posteriormente, en ese mismo ámbito civilístico, se ha desglosado ese precepto en los dos temas que engloba: de un lado se instaura un sistema de fuentes del Derecho y de otro se impone al juez la obligación de dictar sentencia de acuerdo con ese sistema.

5^a. El sistema de fuentes del Derecho canónico difiere del sistema de fuentes estatal continental. El concepto canónico de ley resulta equivalente a lo que en el ámbito estatal suele denominarse *legislación ordinaria*: un conjunto de disposiciones de proveniencia extrajudicial, no necesariamente dotadas de generalidad. En tal sentido resulta artificial contraponer ley a praxis de la Curia Romana.

6^a Tampoco tiene mucho sentido establecer una jerarquía de fuentes entre ley y costumbre de un lado y del otro principios generales del Derecho, la constante y común opinión de los doctores, la praxis de la Curia Romana, etc. Esos criterios establecidos por el c. 19 han de ser tenidos en cuenta al interpretar y aplicar leyes y costumbres, tanto cuando sobre la materia existe una prescripción expresa como cuando no existe.

7^a Como en el ámbito anglosajón, la jurisprudencia eclesiástica es creativa.

8^a. El Código de Derecho canónico responde a una sistemática ecléctica por lo que no cabe deducir de su sistemática grandes tomas de posición por parte del legislador. No existe una doctrina codicial u oficial. La legislación no constituye un conjunto coherente, sino un conjunto incoherente.

Corresponde, en cambio, a los autores exponer el Derecho canónico sistemáticamente de acuerdo con su visión personal, que responde a determinadas claves de pensamiento, sentando una doctrina. Esa doctrina, cuando es común y constante, sirve para interpretar la ley, más que para colmar sus lagunas.