

VI

**ESTUDIOS HISTÓRICOS
Y DE DERECHO CANÓNICO**

EL PRINCIPIO DE PREVALENCIA DE LA *LEX RATIONABILIOR*¹

JORGE CASTRO TRAPOTE
Universidad de Navarra

Resumen: Uno de los temas canónicos clásicos es la relación entre el derecho divino y el derecho humano. La armonía entre ellos se denomina *rationabilitas* de la norma, que es objeto de análisis en este artículo. Esta cuestión fundamental, de suyo compleja, se ha complicado con la formalización de los derechos fundamentales del fiel. Esta circunstancia determina que siempre concurrirán varias leyes en la regulación de un supuesto, donde algunas contienen el derecho divino sin sustituirlo. Ante este panorama, el autor se centra en los conflictos de leyes, proponiendo el principio de prevalencia de la *lex rationabilior*, articulado por medio de varias técnicas que faciliten su aplicación. De este modo trata de contribuir a una mejor comprensión de la síntesis entre *rationabilitas* y técnica, aportación específica del Código de 1983, especialmente subrayada por el maestro Lombardía.

Palabras clave: *rationabilitas*, *ius divinum*, ley, derechos fundamentales.

Abstract: One of the classic canonical themes is the relationship between divine law and human law. The harmony between them is called the *rationabilitas* of the norm, which is the subject of analysis in this article. This fundamental question, complex in itself, has become more complicated with the formalization of the fundamental rights of the faithful. This circumstance determines that several laws will always concur in the regulation of a case, where some contain the divine right without substituting it. Against this background, the author focuses on conflicts of laws, proposing the principle of prevalence of the *lex rationabilior*, articulated by means of various techniques that facilitate its application. In this way, he tries to contribute to a better un-

¹ Este trabajo ha sido realizado con la ayuda del Centro Español de Estudios Eclesiásticos anejo a la Iglesia Nacional Española de Santiago y Montserrat en Roma, en el marco de los proyectos de investigación del curso 2021-2022.

derstanding of the synthesis between *rationabilitas* and technique, a specific contribution of the 1983 Code, especially emphasized by Master Lombardía.

Keywords: *rationabilitas*, *ius divinum*, law, fundamental rights.

SUMARIO: 1. Planteamiento: síntesis entre *rationabilitas* y técnica. 2. Noción sustancial de ley: *ordinatio rationis*, *ratio iuris*. 3. *Ius divinum*: derechos de origen divino y normas divinas. 4. Contenido de la *rationabilitas*. 5. El paradigma codificador (principio *lex posterior*) y el paradigma constitucional (principio *lex rationabilior*). 6. Viabilidad técnica del principio *lex rationabilior*. 6.1 *Técnica primera: el principio de jerarquía normativa*. 6.2 *Técnica segunda: el principio lex specialis*. 6.3 *Técnica tercera: el principio favor iuris*. 6.4 *Técnica cuarta: el principio in dubio pro fidele*. 6.5 *Técnica quinta: el principio favor libertatis*. 6.6 *Técnica sexta: el principio de subsidiariedad normativa*. 6.7 *Técnica séptima: el principio de presunción de inocencia en la norma*. 7. Corolario de las técnicas: *rationabilitas* «en acción». 8. Conclusión.

1. PLANTEAMIENTO: SÍNTESIS ENTRE RATIONABILITAS Y TÉCNICA

Del Giudice propuso la *canonizatio* como técnica de relación entre el derecho divino y el derecho humano: la juridicidad del derecho divino precisa de su promulgación en una ley humana². De este modo, la *auctoritas* se convertía en condición de vigencia del derecho divino. Esto provoca la disociación estructural entre justicia material y justicia formal, también llamada por los teóricos del derecho, separación conceptual entre derecho y moral. Se trata de una postura difícilmente sostenible y a la vez inconciliable con la tradición canónica. El primer problema, puesto de relieve por Lo Castro, es evidente: la formulación humana no condensa todo el contenido del derecho divino³. Aunque teóricamente fue rechazada, la *canonizatio* se ha convertido en la práctica en el criterio habitual desde el momento en que el derecho canónico es visto fundamentalmente desde las normas eclesíásticas, a las que se supone aptas para

² Cf. DEL GIUDICE, Vincenzo, *Nociones de Derecho canónico* [Trad. P. Lombardía], Studium Generale, Pamplona, 1955, p. 8. Puede verse el contexto histórico en DE LA HERA, Alberto, *Introducción a la ciencia del Derecho Canónico*, Tecnos, Madrid, 1967, pp. 115-125, 137-147.

³ Cf. LO CASTRO, Gaetano, *Il mistero del diritto. Del diritto e della sua conoscenza*, I, Giappichelli, Torino, 1997, p. 46.

contener enteramente –*de facto*– el derecho divino en el *paradigma codificador*⁴: la vida jurídica de la Iglesia se desenvuelve de acuerdo con las leyes humanas, sin que se perciba la autónoma operatividad del derecho divino en relación con ellas. No es que exista voluntad alguna de prescindir del *ius divinum*, pero la *vis atractiva* de las normas escritas es difícilmente resistible. Esta es la situación que puede calificarse como *canonizatio práctica*. Aunque pueden verse excepciones allí donde la función judicial tiene cierta actividad⁵, dada su limitada y puntual presencia en la vida eclesial, podría decirse que la *canonizatio práctica* define el modo de cultivar el derecho, la manera de exigirlo, la mentalidad jurídica de los fieles y, en general, el funcionamiento del ordenamiento canónico.

Admitida la relevancia que la ley tiene en todo sistema jurídico, se trata de conciliar este dato con la tradición canónica sobre la *rationabilitas* de la norma. La cuestión no está en proponer una vuelta al modelo jurisprudencial sino en hallar la técnica que permita una convergencia entre la ley y la esencia del derecho canónico. Pues bien, el principio de «prevalencia de la *lex rationabilior*»⁶ pretende, por un lado, ser una alternativa a la *canonizatio teórica* en torno al tema fundamental de la relación entre el derecho divino y el derecho humano. Por otro lado, quiere aportar instrumentos técnicos que faciliten una mayor sintonía entre teoría y práctica, evitando incurrir en la *canonizatio práctica*. En concreto, una de las aplicaciones del principio *lex rationabilior* está enfocada al conflicto y preferencia entre normas vigentes con fuerza de ley, del mismo o distinto rango sustancial, ya se trate de normas escritas o consuetudinarias. En el presente trabajo me detendré solamente en este aspecto.

Adoptaré, como punto de partida, una apreciación de Lombardía, manifestada poco después de la promulgación del Código de 1983, recogida en un trabajo donde analizaba la diferencia entre el Código de 1917 y los avances del nuevo: el Código ha conseguido una buena síntesis entre la tradicional *rationabilitas* y un concepto formal de ley⁷. En la misma línea, en un estudio sobre la

⁴ Esta expresión designa el modo de comprender y desenvolverse el derecho canónico desde el Código de 1917, y marca una etapa en la historia que se distingue del paradigma clásico y el paradigma tridentino; puede verse esta esquematización en cf. FANTAPPÌE, Carlo, *Per un cambio de paradigma. Diritto, teologia y riforme nella Chiesa*, EDB, Roma, 2019.

⁵ Resulta claro en la jurisprudencia de la Rota Romana sobre el derecho matrimonial; además, pueden verse ejemplos en sentencias de la Signatura Apostólica en CANOSA, Javier, «La eficacia del derecho divino en la justicia administrativa de la Iglesia», *Ius Canonicum*, 49 (2009), pp. 549-565.

⁶ Usaré normalmente la expresión principio *lex rationabilior*.

⁷ Aquí se contiene un buen ejemplo de la síntesis apuntada por LOMBARDÍA: «De aquí, que una de las claves para la comprensión del nuevo *Codex* esté, si no me equivoco, en captar el sentido con el que se ha llevado a cabo la introducción de la distinción de funciones y el principio de legalidad. Me parece, en efecto, obvio, que el resultado no podía ser la sustitución de la tradicional *rationabilitas*

ratio en las fuentes normativas, Otaduy subrayaba la conexión entre *ratio veritativa* y *ratio funcional*⁸. También Pree resaltaba la necesaria compatibilidad que las soluciones del sistema han de tener con el aspecto material⁹. Me parece que es una buena perspectiva para continuar la reflexión en la Parte general del derecho canónico –encargada de estudiar la ley en sentido técnico–, que se traduciría en no trasladar la tradición canónica sobre la *rationabilitas* de la ley a unos presupuestos metajurídicos y en no reducir el derecho a una dimensión instrumental, con el fin de evitar una brecha entre el contenido del derecho canónico y su efectiva articulación en la vida eclesial. Al final, *la visión teológica y la instrumental del derecho canónico constituyen dos respuestas paralelas y yuxtapuestas*, requeridas una a causa del vacío que deja la otra, incapaces de alcanzar la síntesis mencionada. Para lograrla es pertinente hilvanar la teoría y la práctica con la dimensión jurídica de la persona y del fiel¹⁰. Al respecto, Benedicto XVI ha recordado que la realidad tiene una «dimensión jurí-

por una legalidad entendida en sentido formal; sino más bien, asumir el principio de legalidad, como exigencia de un recto modo de proceder en el gobierno eclesiástico, en la idea de *rationabilitas iuris humani*; es decir, como una de las líneas básicas del *nervio* de la renovada disciplina eclesiástica» (LOMBARDÍA, Pedro, «Codificación y ordenamiento canónico», en *Escritos de Derecho canónico y de Derecho eclesiástico del Estado*, V, Eunsa, Pamplona, 1991, pp. 176-177). Otro texto significativo es el siguiente: «Una línea que va desde el Principio directivo n. 7 hasta el c. 391 § 2 [distinción de funciones del legislador particular] del nuevo *Codex* está mostrando la convicción de que a ello puede llegarse por impulsos técnicos de tradición estrictamente intraeclesial, basados en una valoración del respeto de los derechos y en la decisión de operar reformas –que como todas las reformas han de comenzar por los pastores– que faciliten el buen gobierno de la comunidad. No se plantea, por tanto, como una exigencia jurídico-formal, sino en la línea de la racionalidad, tanto de la ley como de su aplicación. Aunque el principio que pretende introducirse –la delimitación de la función administrativa– es innovador, la técnica utilizada para impulsarlo es tradicional. Se basa en definitiva en la experiencia de la delimitación del ejercicio de la función judicial, a la que se llegó en el ámbito canónico bastante antes de que el racionalismo iluminista propugnara la división de poderes» (*Idem*, «Técnica jurídica del nuevo Código (una primera aproximación al tema)», en *Escritos de Derecho canónico y de Derecho eclesiástico del Estado*, V, Eunsa, Pamplona, 1991, p. 215).

En la misma idea insiste en cf. *Idem*, «Sobre las características peculiares del ordenamiento canónico», en *Escritos de Derecho canónico*, I, Eunsa, Pamplona, 1973, pp. 221-222; cf. *Idem*, «Norma canónica», en *Escritos de Derecho canónico*, III, Eunsa, Pamplona, 1974, pp. 458, 468-469.

⁸ Cf. OTADUY, Javier, «La ratio en las fuentes normativas del Derecho canónico», en ARRIETA, José Ignacio (coordinador), *Ius divinum nella vita della Chiesa. XIII Congresso Internazionale di Diritto Canonico*, Marcianum, Venezia, 2010, pp. 360-361.

⁹ «Nel diritto canonico, la sintesi tra aspetto materiale (la soluzione deve essere, il più possibile, adeguata alle esigenze del caso concreto) e compatibilità della soluzione con il sistema e con i valori del sistema canonico intero, viene garantita dal fatto, che la legalità e la certezza del diritto sono da intendersi più nel senso *sostanziale* (tese alla realizzazione dei valori dell'ordinamento) che alle esigenze formali» (PREE, Helmuth, «Le tecniche canoniche di fressilizzazione del diritto: possibilità e limiti ecclesiali di impiego», *Ius Ecclesiae*, 12 (2000), p. 418).

¹⁰ Cf. *Idem*, «Profilo e sfide del diritto canonico all'inizio del terzo millennio», *Periodica*, 107 (2018), p. 231.

dica intrínseca», denominada «realidad del derecho», «verdad del derecho» o «derecho objetivo»¹¹.

En mi opinión, el reto consiste en no disociar estas dos ideas: 1) la técnica jurídica no puede representar ni sustituir a la realidad; 2) la realidad, con su intrínseca juridicidad, necesita de una técnica adecuada que no la oculte, sino que la canalice sin reparos ni disminuciones. Dicho de otro modo, la síntesis es posible cuando se reconoce la «vigencia» de la dimensión jurídica de la persona y del fiel en un plano anterior al formal, de modo que lo formal no agote lo jurídico y transparente lo sustancial. Este planteamiento es una característica del llamado *iusrealismo*. Mientras que una perspectiva formal acabaría por fundar su concepción del derecho, en última instancia, en la voluntad de la autoridad competente: esta pasa de ser un elemento necesario de la ley a erigirse en su fundamento. Este planteamiento puede ser denominado genéricamente como *iusvoluntarismo*. Lógicamente, si un derecho se define por su instrumentalidad será *iusvoluntarista*, pues al no conseguir incorporar al ordenamiento la previa vigencia de la dimensión jurídica de la realidad, la prevalencia de la *rationabilitas* de la ley aparece condicionada en última instancia por la autoridad.

El principio *lex rationabilior* se presenta como una consecuencia técnica coherente con la noción sustancial de norma adoptada mayoritariamente por la canonística, definida por su esencial referencia a la *rationabilitas*¹².

¹¹ BENEDICTO XVI, *Discurso a la Rota Romana*, 21 de enero de 2012. En el sentido realista emplea Benedicto XVI la noción de «derecho objetivo» cuando afirma que «falta el sentido de un derecho objetivo que hay que buscar»; ese derecho objetivo lo concibe como la «dimensión jurídica intrínseca» frente a las veleidades de una interpretación evolutiva según los acontecimientos. Bien entendido que «objetivo» se opone aquí a subjetivista, historicista o fenomenologista –está reclamando un fundamento firme para los derechos de la persona y del fiel–. En la realidad y racionalidad insiste en otro párrafo: «Para percibir el significado propio de la ley, es necesario siempre contemplar la *realidad que reglamenta*, y ello no sólo cuando la ley sea prevalentemente declarativa del derecho divino, sino también cuando introduzca constitutivamente reglas humanas. Estas deben interpretarse también a la luz de la *realidad regulada, la cual contiene siempre un núcleo de derecho natural y divino positivo*, con el que debe estar en armonía cada norma a fin de que sea racional y verdaderamente jurídica» (*Ibidem*). La cursiva es mía. En Hervada se encuentran declaraciones similares (cf. HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, 11.ª ed., Eunsa, Pamplona, 2011, p. 111; cf. *Idem*, *El ordenamiento canónico. Aspectos centrales de la construcción de un concepto*, Eunsa, Pamplona, 2008, p. 90).

¹² Cf. LOMBARDÍA, Pedro, «Norma canónica», en *Escritos de Derecho canónico*, III, Eunsa, Pamplona, 1974, p. 468; cf. BALBI, Raffaele, «Ratio legis», en OTADUY, Javier; VIANA, Antonio; SEDANO, Joaquín (coordinadores), *Diccionario General de Derecho Canónico*, VI, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, p. 2012, 709; cf. OTADUY, Javier, «La ratio canonica en las fuentes normativas del derecho canónico», *Ius Canonicum*, 49 (2009), p. 180; cf. PELLEGRINO, Piero, «Considerazioni sulla struttura interna della legge: il primato della ragione sulla volontà», en *La norma en Derecho canónico. Actas del III Congreso Internacional de Derecho canónico*, Eunsa, Pamplona, 1979, p. 823; cf. CONDORELLI, Orazio, «La norma canonica fra esigenza di razionalità e prin-

La ley no puede ser esencialmente un acto de la voluntad porque la autoridad legislativa es radicalmente ministerial¹³. La consideración jurídica de la realidad es una constante en la tradición canónica, afirmada por el magisterio de todos los tiempos. Aparece de forma especialmente evidente en los pronunciamientos sobre el derecho matrimonial: se hace explícita referencia a la vigencia de la dimensión jurídica del matrimonio, nunca sustituida por el texto codicial. En repetidas ocasiones el magisterio ha recordado que la Iglesia no tiene autoridad para disolver un matrimonio válido¹⁴ ni para dispensar impedimentos de derecho divino natural o positivo (c. 1163 § 2). El término de la tradición canónica que mejor condensa la dependencia que la ley tiene respecto a la realidad es el de *rationabilitas*¹⁵, y la expresión clásica que describe su relevancia es *lex iniusta, non est lex*¹⁶ o *non est lex, sed legis corruptio*¹⁷. Por tanto, la *rationabilitas* es el cardo de toda teoría general de la norma: el contenido prevalece sobre el binomio forma-autoridad sin excluirlo.

cipio di autorità: diritto comune e diritti particolari nella dottrina canonistica medievale, con particolare riferimento all' insegnamento di Galvano da Bologna nello Studium generale di Pécs (1371)», *Folia Canonica*, 3 (2000), p. 119; cf. GHIRLANDA, Gianfranco, «El valor del derecho canónico para la misión de la Iglesia», *Ius Communionis*, 6 (2018), p. 80; cf. MINELLI, Chiara, *Rationabilitas e codificazione canonica*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 1; cf. GROSSI, Paolo, *L'ordine giuridico medievale*, 4.ª ed., Laterza, Roma, 1997, p. 137; cf. BERLINGÒ, Salvatore, *Nel silenzio del diritto. risonanze canonistiche*, il Mulino, Bologna, 2015, p. 360; cf. BAURA, Eduardo, «Il rapporto tra diritto e norma. Considerazioni alla luce delle proposte di Michel Villey, Sergio Cotta e Javier Hervada», *Forum*, 5 (2019), p. 579; cf. *Idem*, *Parte generale del diritto canonico. Diritto e sistema normativo*, EDUSC, Roma, 2015, pp. 143-145; cf. GARCÍA MARTÍN, Julio, *Le norme generali del Codex Iuris Canonici*, 6.ª ed., Marcianum, Venezia, 2015, p. 76; cf. DE PAOLIS, Velasio, *Normas generales*, BAC, Madrid, 2013, p. 140.

Así concluía Pree un trabajo que tenía de fondo las cuestiones que estamos viendo: «Nel diritto canonico, la *sintesi* tra aspetto materiale (la soluzione deve essere, il più possibile, adeguata alle esigenze del caso concreto) e compatibilità della soluzione con il sistema e con i valori del sistema canonico intero, viene garantita dal fatto, che la legalità e la certezza del diritto sono da intendersi più nel senso sostanziale (tese alla realizzazione dei valori dell'ordinamento) che alle esigenze formali» (PREE, Helmuth, «Le tecniche canoniche di fresilizzazione del diritto: possibilità e limiti ecclesiali di impiego», *Ius Ecclesiae*, 12 (2000), p. 418). En realidad, todos aquellos autores que atribuyen a la *aequitas* un valor superior en el ordenamiento hacen referencia, más o menos directa, a aquella característica que la racionalidad de la norma quiere subrayar.

¹³ Cf. COMISIÓN TEOLÓGICA INTERNACIONAL, *En busca de una ética universal: nueva perspectiva sobre la ley natural* (2009), n. 89.

¹⁴ Está claro con respecto al sacramento del matrimonio y, en mi opinión, lo mismo ocurre con el matrimonio natural válido (CASTRO TRAPOTE, Jorge, «Fundamentación canónica de la disolución de los matrimonios in favorem fidei», *Ephemerides Iuris Canonici*, 61 (2021), pp. 235-263).

¹⁵ D. 1, 5; D. 12, 7; X. 1, 2, 6; X. 1, 3, 5; X. 1, 4, 11.

¹⁶ SAN AGUSTÍN, *De libero arbitrio*, I, v. 11.

¹⁷ Otra expresión rotunda del Aquinate es la siguiente: las leyes injustas «tienen más de violencia que de ley» (*Summa Theologiae*, I-II, q. 96, a. 4).

La consistencia de estas afirmaciones no ofrece dudas en la doctrina canónica contemporánea. Pero a nadie se le ocultan los problemas de certeza y seguridad jurídicas que generarían¹⁸. Estamos, por tanto, ante un problema más técnico que teórico. De aquí surge la necesidad de buscar una técnica coherente, es decir, que no actúe como contrapeso de la *rationabilitas*, sino como instrumento necesario que la haga operativa. No es frecuente encontrarse en el ámbito canónico con leyes absolutamente injustas, es decir, contrarias o totalmente incoherentes con el *ius divinum*, o que no tengan como finalidad perseguir de algún modo el bien común eclesial, entendido como «el bien de todos los hombres (y fieles) y de todo el hombre»¹⁹, o de «todos y de cada uno [de las personas y de los fieles]»²⁰, y siempre como bien actual²¹. Pero sí existen leyes con más, menos y poca *rationabilitas*, es decir, que regulan mejor o peor los *iura fidelis* o conectan más o menos con el bien común eclesial.

Siendo que la ausencia de toda *rationabilitas* descarta la validez de las normas, ¿puede también la *rationabilitas* servir de criterio para arbitrar la preferencia

¹⁸ Es famoso el debate que desencadenó el libro de F. López de Oñate (*La certeza del diritto*) en 1942, con intervenciones de notables juristas como Fedele y Capograssi. Este tema, como todos los que son tan nucleares, requieren una reflexión constante, retomada en el libro dirigido por MINELLI, Chiara (coordinador), *Certeza del diritto e ordinamento canonico*, Giappichelli, Torino, 2017.

¹⁹ *Compendio de la doctrina social de la Iglesia*, n. 165. Es útil recordar el concepto del *Compendio de la Doctrina social de la Iglesia* que reproduce la noción clásica recogida en diversos textos magisteriales como la *Gaudium et spes* (n. 26): «el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección» (n. 164), añadiendo que «las exigencias del bien común derivan de las condiciones sociales de cada época y están estrechamente vinculadas al respeto y a la promoción integral de la persona y de sus derechos fundamentales» (n. 166).

²⁰ Cf. BAURA, Eduardo, «La consuetudine», en GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO, *Fondazione del diritto. Tipologia e interpretazione della norma canonica*, Quaderni della Mendola 9, Milano, 2001, p. 93. Se entiende por bien común el bien de todos y de cada uno. De todos porque nace de la dignidad humana. Y de cada uno porque ha de ser concreto en el presente. Es especialmente oportuno el concepto de bien común que pasa a través de los derechos fundamentales: «el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección [*Gaudium et spes*, 26]» (*Compendio de la Doctrina social de la Iglesia*, n. 164); añade un poco más adelante que «las exigencias del bien común derivan de las condiciones sociales de cada época y están estrechamente vinculadas al respeto y a la promoción integral de la persona y de sus derechos fundamentales» (n. 166).

²¹ Actual porque la dignidad humana y sus derechos fundamentales no pueden ser diferidos a un futuro paradisiaco: «El hombre que vive en el presente es sacrificado al Moloc del futuro, un futuro cuya efectiva realización resulta por lo menos dudosa. La verdad es que no se puede promover la humanización del mundo renunciando, por el momento, a comportarse de manera humana. A un mundo mejor se contribuye solamente haciendo el bien ahora y en primera persona, con pasión y donde sea posible, independientemente de estrategias y programas de partido» (BENEDICTO XVI, *Deus Caritas est*, n. 31). Aunque es aplicado en el contexto de los bienes materiales básicos, es indudable que puede aplicarse para cualesquiera bienes, también los derechos de los que es titular una persona, y con mayor motivo.

por las leyes con mayor racionalidad en caso de conflicto entre ellas? Dicho de otro modo: ¿sólo actúa la *rationabilitas* ante la encrucijada de todo o nada, ley válida o inválida, justa o injusta? Sin duda, así se asegura un sistema normativo donde no existan formalmente leyes inválidas (injustas), pero no garantiza que entre las leyes vigentes prevalezca la más justa, la que más *rationabilitas* posea –supondría la renuncia a respaldar con la técnica el deseo de un progreso creciente en la *rationabilitas* de la ley canónica–. En este supuesto, habría que concluir que el sistema canónico optaría, en la práctica y paradójicamente, por la *seguridad formal* antes que por la *justicia material*²², alterando *de facto* el criterio preferido y, en consecuencia, reduciendo el alcance de la *rationabilitas*. Ocurriría lo mismo que se observa en el ámbito civil: la justicia es, en parte, «ideal»²³, al quedar fuera del ordenamiento. Dado que es muy difícil que existan leyes absolutamente injustas, se llegaría al absurdo de que el derecho canónico estuviera caracterizado enteramente por el formalismo, nítidamente rechazado en el plano teórico. Es evidente que todo sistema normativo será siempre perfectible. La cuestión es, sin embargo, si se concluye de inicio que la técnica comporta una cuota de *rationabilitas* que necesariamente hay que sacrificar o diferir por exigencias formales del sistema –según defendía la técnica de la *canonizatio*–; esta sería una postura novedosa en el derecho canónico, que parece no estar respaldada por el canon 6 § 2²⁴. Además, haría imposible la síntesis entre tradición canónica y un concepto formal de ley. Es probable que tal principio de prevalencia de la *lex rationabilior* sea compartido; la duda se encuentra en si es plausible una técnica que canalice el sistema normativo de un modo viable y seguro jurídicamente.

2. NOCIÓN SUSTANCIAL DE LEY: *ORDINATIO RATIONIS, RATIO IURIS*

Un riesgo que siempre hay que evitar en el derecho es relegar la realidad y las exigencias de justicia que lleva consigo. El derecho canónico no busca como objetivo último la «geometría formal» del sistema, sino la «coherencia sustan-

²² Expresión usada por los teóricos del derecho, que asume, por razones sintéticas, Pree (cf. PREE, Helmuth, «Le tecniche canoniche di fressilizzazione del diritto: possibilità e limiti ecclesiali di impiego», *Ius Ecclesiae*, 12 (2000), p. 376).

²³ Cf. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho* (1960), Eudeba, Ciudad de Buenos Aires, 2021, p. 49.

²⁴ C. 6 § 2: «En la medida en que reproducen el derecho antiguo, los cánones de este Código se han de entender teniendo también en cuenta la tradición canónica». La Const. Ap. *Sacrae disciplinae leges* con la que se promulga el Código de 1983, así se expresa: «Por tanto, si el Concilio Vaticano II sacó lo viejo y lo nuevo del tesoro de la Tradición, novedad que consiste en estos y otros elementos, es evidente que el Código debe acoger esa misma característica de la fidelidad en la novedad y de la novedad en la fidelidad, y adaptarse a ella en la materia que le es propia y según su peculiar modo de expresarse».

cial» entre el derecho divino y el derecho humano: esto no supone prescindir de la técnica, sino purificarla y exigirle más. Por eso, considero imprescindible situar en la unidad del derecho canónico el puesto que corresponde a la ley y lo que la legitima. Los problemas con la ley aparecen cuando es considerada aisladamente en el conjunto del derecho canónico. La ley no es el peligro, el voluntarismo que la absolutiza y la aísla sí: lo justo ya no sería lo debido en una relación jurídica, sino lo mandado. Apunta Condorelli la clara orientación que ha tenido este asunto en la historia del derecho: «legame indissolubile fra *norma e ratio* il quale rappresenta una costante dialettica che percorre, in modo ora scoperto ora sotterraneo, la tradizione giuridica dei mondo occidentale»²⁵. De un modo o de otro, grandes juristas del siglo xx y del xxi, a pesar de rechazar la síntesis entre *rationabilitas* y técnica, no han podido dejar de fundamentar el formalismo del derecho en una cierta realidad o racionalidad: recuérdese la norma hipotética de Kelsen²⁶, el contenido mínimo de derecho natural de Hart²⁷, las condiciones mínimas de Bobbio²⁸, la exigencia de racionalidad de Ross²⁹, la

²⁵ Condorelli, Orazio, «La norma canonica fra esigenza di razionalità e principio di autorità: diritto comune e diritti particolari nella dottrina canonistica medievale, con particolare riferimento all'isegnamiento di Galvano da Bologna nello Studium generale di Pécs (1371)», *Folia Canonica*, 3 (2000), p. 119.

²⁶ «Es imposible en la definición de la validez del derecho hacer abstracción de la realidad natural [se refiere con ello a la efectividad de los hechos naturales]» (KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, [1960], Eudeba, Ciudad de Buenos Aires, 2021, p. 115).

²⁷ «Tales principios de conducta universalmente reconocidos, que tienen una base en verdades elementales referentes a los seres humanos, a su circunstancia natural, y a sus propósitos, pueden ser considerados como el contenido mínimo del Derecho natural» (HART, Herbert L. A., *El concepto de derecho* [1961], Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 239); «una constitución escrita puede restringir la competencia de la legislatura [legislador] no simplemente al especificar la forma y la manera de la legislación (cosas que, podemos conceder, no son limitaciones), sino al excluir por completo ciertas materias del ámbito de su competencia legislativa, lo que importa imponerle limitaciones de fondo» (*Ibidem*, p. 85).

²⁸ «La obligación moral de obedecer las leyes está doblemente condicionada: 1) por el reconocimiento de que las leyes dadas sean medios idóneos para la obtención del fin que les es propio; 2) por el reconocimiento de que los valores garantizados por el derecho no entren en conflicto con otros valores, tales como el respeto a la vida, a la libertad, a la dignidad humana, que la conciencia moral juzga superiores» (BOBBIO, Norberto, *Iusnaturalismo y positivismo jurídico* [1965], Trotta, Madrid, 2018, p. 113).

²⁹ El positivismo de Ross, distinto del de su maestro Kelsen, puede verse en esta frase que, a mi juicio, resulta una contradicción: «La idea de la justicia se resuelve en la exigencia de que una decisión sea el resultado de la aplicación de una regla general. La justicia es la aplicación correcta de una norma, como cosa opuesta a la arbitrariedad» (ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia* [1962], Eudeba, Ciudad de Buenos Aires, 2011, p. 345). Podríamos preguntarnos: ¿por qué no oponerse a la arbitrariedad? Más adelante dirá una de sus frases más citadas: «Afirmar que una norma es injusta, como hemos visto, no es más que la expresión emocional de una reacción desfavorable frente a ella. La declaración de que una norma es injusta no contiene ninguna característica real, ninguna referencia a algún criterio, ninguna argumentación. La ideología de la justicia no tiene, pues, cabida en un examen racional del valor de las normas». La contradicción es en parte resuelta cuando admi-

distinción entre legalidad sustancial y legalidad formal de Ferrajoli³⁰, el concepto de «legitimidad» de Prieto Sanchís³¹, la validez moral de las leyes y la pretensión de corrección en las decisiones de Alexy³². El formalismo no puede sustentarse a sí mismo. Tal es así, que existe un movimiento mayoritario en la dirección contraria al positivismo decimonónico, hasta el punto que el derecho corre el peligro de disolverse en la moral, como puede verse en las propuestas de algunos neoconstitucionalistas y objetivistas morales, frenando así el avance que supuso su diferenciación: el derecho y la moral se han distinguir, no se pueden identificar y, a la vez, se han de mostrar sus conexiones, derivadas de la confluencia de todas las dimensiones humanas en la unidad de la persona³³. Su negación nos introduce en la ciencia-ficción³⁴ y su fusión nos lleva a una «moral estatal»³⁵. El derecho canónico ha conseguido despegarse de la concepción mo-

te que «sin un mínimo de racionalidad (predecibilidad, regularidad) sería imposible hablar de un orden jurídico. [...] En esta medida la idea de justicia –en el sentido de racionalidad o regularidad– puede calificarse de *constitutiva* del concepto de derecho» (*Ibidem*, p. 346).

³⁰ La teoría del derecho de Ferrajoli, donde puede verse la distinción citada, es elaboradísima y compleja; puede verse más sencillamente expuesta, por ejemplo, en FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid 42009, pp. 52-56. Ahí encontramos, a modo de ejemplo, el siguiente texto: «Se produce un cambio de naturaleza en la legalidad positiva del Estado constitucional del derecho. Ésta ya no es sólo (mera legalidad) condicionante, sino asimismo (estricta legalidad) condicionada por vínculos que son también sustanciales relativos a sus contenidos o significados» (*Ibidem*, p. 55).

³¹ Distingue dentro de ese término la legitimidad crítica (condiciones de una moral racional), legitimidad positiva (los valores del ordenamiento) y legitimidad formal (seguridad jurídica) (cf. PRIETO SANCHÍS, Luis, *Apuntes de teoría del derecho*, 10.ª ed., Trotta, Madrid, 2016, p. 103).

³² «Una norma pierde la validez jurídica cuando es extramadamente injusta por la fórmula según la cual es presupuesto de la validez jurídica de una norma particular el que posea un mínimo de justificabilidad moral» (ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del derecho* [1992], 2.ª ed., Gedisa, Barcelona, 2013, p. 94); para la pretensión de corrección, véase *Ibidem*, pp. 81-85.

³³ Cf. DOMINGO, Rafael, «El derecho y la moral: cien años de soledad», *Scripta Theologica*, 52 (2020), p. 786.

³⁴ Kelsen, coherente con su doctrina, acabó defendiendo la validez del sistema jurídico del nazismo.

³⁵ Véase lo difícil que es escuchar para un positivista, con razón, el siguiente texto: «La moral ha emigrado al interior de los Derechos [vía la Constitución], de manera que, en general, los conflictos morales que tiene que afrontar un jurista no son ya conflictos entre el Derecho y la moral, sino entre maneras distintas de interpretar los principios morales incorporados por el Derecho» (ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, 6.ª ed., Ariel-Planeta, Barcelona, 2010, p. 113).

Otro ejemplo puede verse en García-Figueroa: «En un sistema democrático, y en la medida en que el Derecho sea el reflejo también de cierta corrección moral y en tal caso, quedará fundada en alguna medida una cierta obligación de obediencia al Derecho. Esto explica que el constitucionalismo haya dejado de ser una teoría que cuestiona la obediencia al Derecho para pasar a fundar una obediencia *prima facie* al Derecho, una obediencia debilitada, imperfecta, limitada, en línea con los planteamientos de la ética comunicativa» (GARCÍA-FIGUEROA, Alfonso, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009, p. 41).

Creo que el derecho necesita humildad como ciencia: no sirve para todo, no puede extenderse a todo, no tiene como misión sustituir la moral. No pueden convertirse los estrados en púlpitos.

ral agudizada por la Escuela de Salamanca y alcanzar un planteamiento sensato con más pureza metódica formal que algunos *iusmoralistas*.³⁶

Para entender la esencia de la ley, lo formal es insuficiente y lo moral llega tarde. A mi juicio, el derecho está en la realidad³⁷. Por eso, más que la alternativa entre iusnaturalismo y iuspositivismo, el debate de fondo se plantea entre realidad no, o realidad sí, es decir, entre *iusvoluntarismo* o *iusrealismo*, y no en términos absolutos sino de prevalencia. Esta alternativa ha sido expresada del siguiente modo: *auctoritas non veritas facit legem* y *veritas non auctoritas facit legem*. El mayor representante del *iusvoluntarismo* sería Hobbes y del *iusrealismo* Tomás de Aquino. Se trata de saber si la realidad «manda» sobre la autoridad, o viceversa. Ser iusvoluntarista no es despectivo, sino a lo sumo discutible dentro de ciertos límites; el voluntarismo de Hobbes, por ejemplo, es un exceso: «la autoridad no está sujeta a las leyes»³⁸. Suárez era voluntarista y sigue siendo una concepción con bastantes herederos entre la canonística. Me detendré aquí a mostrar el concepto de ley que ofrece Tomás de Aquino, quien sienta las bases del *iusrealismo*, opción sugerida y recomendada por el Magisterio (cf. *Veritatis splendor*, 44). En estos términos se expresa la Comisión Teológica Internacional: «cuando se niega el derecho natural, solo la voluntad del legislador es lo que haría la ley. El legislador entonces no es ya intérprete de lo que es justo y bueno, sino que se arroga la prerrogativa de ser el criterio último de lo justo»³⁹.

La definición del Aquinate sobre la ley (*ordinatio rationis, ratio iuris*)⁴⁰ contiene una clara remisión a la realidad, a la «verdad del derecho» en palabras de Benedicto XVI⁴¹. Primordialmente, esa realidad es la misma persona o el mismo fiel. La feliz expresión de Rosmini «la persona es la esencia del derecho»⁴², fue retomada por Benedicto XVI y trasladada al ámbito eclesial: «la persona del cristiano en la Iglesia es la esencia del derecho canónico». De

³⁶ Es la expresión que utiliza García Amado (cf. GARCÍA AMADO, Juan Antonio, «Sobre formalismos y antiformalismos en la teoría del derecho. Anexo IX», en *Razonamiento jurídico y argumentación. Nociones introductorias*, 2.ª ed., Eolas, España, 2020, p. 456).

³⁷ Cf. BAURA, Eduardo, «Il rapporto tra diritto e norma. Considerazioni alla luce delle proposte di Michel Villey, Sergio Cotta e Javier Hervada», *Forum*, 5 (2019), p. 579.

³⁸ HOBBS, Thomas, *Leviatán*, cap. 26. 2. Hart escribirá su obra más importante (*El concepto de derecho*), sobre todo, para corregir los excesos del *iusvoluntarismo* de Hobbes y Austin.

³⁹ COMISIÓN TEOLÓGICA INTERNACIONAL, *En busca de una ética universal: nueva perspectiva sobre la ley natural* (2009), n. 89.

⁴⁰ «*Lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aequalis ratio iuris*» (*Summa Theologiae*, II-II, q. 57, a. 1, ad 2); *Ibidem*, I-II, q. 90, a. 4.

⁴¹ Benedicto XVI, *Discurso al Congreso con ocasión del 25.º aniversario de la promulgación del Código de Derecho Canónico*, 25 de enero de 2008.

⁴² ROSMINI, Antonio, *Filosofía del diritto*, 27 a, II, Città Nuova, Roma, 2014, Libro IV, 25-26.

modo similar, Rosmini sostiene que «la persona es el derecho subsistente»⁴³, que bien podría afirmarse de los fieles: «el fiel es el derecho canónico subsistente». Puesto que el *ius divinum* forma parte del derecho eclesial, podría precisarse que «el fiel es el derecho divino subsistente». Con esto se hace referencia a la dimensión jurídica inherente de la persona y del fiel. Creo que el *iusrealismo* es la opción latente en los canonistas y en la mayoría de los teóricos del derecho, aunque quizá sea vista como inviable en el mundo jurídico contemporáneo dada la pluralidad en la sociedad actual. La tarea consistiría, por tanto, en un desarrollo técnico que haga operativo el *iusrealismo*, contando con el lugar que la ley ocupa en la teoría del derecho. No obstante, como el *iusvoluntarismo* resulta difícilmente defendible por estar asociado sin remedio al relativismo, la aportación técnica al *iusrealismo* parece el camino más sensato⁴⁴.

Para ello es pertinente exponer la relación entre la ley y la realidad. La dimensión jurídica de la realidad se especifica y concreta en múltiples *iura* o *ipsae res iustae*. Cada uno de estos es un *ius* o *ipsa res iusta* de origen divino natural o de origen divino positivo: son radicalmente personales y a la vez con origen divino. El *ius* es lo justo, lo debido, aquello de lo que es titular la persona y el fiel respecto de otro en una relación jurídica⁴⁵. Aquel que resulta obligado ha de prestar la acción debida. Pues bien, la ley tiene como primera función descubrir esta verdad del derecho: conocerlo, declararlo y, posteriormente, regularlo (*regula* o *mensura iuris*). Por lo tanto, toda afirmación técnica ha de pasar por el filtro de la realidad regulada por la ley, que no es otra que la persona y el fiel, no en general, sino en un *ius* concreto. La mayor o menor sintonía con la realidad permitirá valorar la utilidad de las técnicas propuestas: por mucho que sea el orden formal alcanzado, si la realidad del *ius* o *ipsa res iusta* resulta violentada, es radicalmente una técnica defectuosa que no debería tener cabida en el derecho canónico. Sería una técnica para vestir un maniquí, pero no serviría para ordenar la realidad humana y eclesial. Una ley es buena técnicamente cuando no es el puro sistema sino la realidad la que resulta verdaderamente ordenada; dicho de otro modo, cuando se gana en *rationabilitas*. Es decir, la ley ha de respetar su propia verdad: su dependencia del *ius* o *ipsa res iusta*. Decía Portalis que «las leyes son hechas para los hombres y no los hombres para las leyes»⁴⁶. La ley es esencial como segunda; y es segunda en todo

⁴³ *Ibidem*, Libro IV, 25.

⁴⁴ Otra alternativa sería convertir al juez en creador del derecho, cosa que descarto, aunque no me pueda detener a fundamentarlo.

⁴⁵ Cf. DEL POZZO, Massimo, «El concurso de la ciencia canónica en la realidad eclesial y en el saber jurídico universal», *Ius Canonicum*, 60 (2020), p. 525.

⁴⁶ PORTALIS, Jean-Étienne, *Discurso preliminar sobre el proyecto de código civil*, Universidad Carlos III, Madrid, 2014, p. 11.

caso, no solo en los supuestos extremos de *lex iniusta*. Desde aquí se postula la propuesta del principio de prevalencia de la *lex rationabilior*, pues es propio de todo ordenamiento, que en la mayoría de los casos existan varias normas, de igual o distinto rango, que concurren en la regulación de la realidad humana y social de la Iglesia.

Decía Carnelutti que lo más evidente en la experiencia jurídica, aquello que primero identificamos con la palabra «derecho», es la ley como mandato: «si preguntáramos a un lego cuál es la forma que se designa con la palabra derecho, rápidamente pensará en un hombre que manda y en otro que obedece o desobedece»⁴⁷. Sin embargo, Cotta ha apuntado otra observación todavía más elemental de aquello que en primer lugar se representa el sentir común no especializado: «al di qua della artificialità delle disposizioni giuridiche concrete (quello che si suole chiamare il *diritto positivo*, il diritto effettivamente in vigore presso un dato popolo), si delinea la dimensione esistenziale del diritto, ossia il suo corrispondere a esigenze proprie dell'esistenza umana»⁴⁸. En efecto, antes que la ley como mandato, lo primero es la experiencia de una necesidad que debe ser cubierta: en consecuencia, la realidad aparece como la primera referencia en el ámbito jurídico, siendo la idea de la ley emanada de una autoridad cualquiera una experiencia cronológicamente posterior. Lo primero que se experimenta es la «necesidad» de un «crecimiento debido de la persona», y en el caso del derecho canónico, también, la «*necesidad de un crecimiento debido del fiel*»⁴⁹.

Además, y consecuentemente, la ley es *regula o mensura iuris*⁵⁰. Si lo anterior era la esencia de la ley, ahora se menciona su función más característica: regular el ejercicio del *ius* o *ipsa res iusta*. Es frecuente que se afirme que la ley tiene como función la *vis directiva*, la regulación de conductas obligatorias. Pues bien, aquí se encuentra el porqué: no por pura organización social adoptada por quien es la autoridad legítima, sino como servicio a una precisa

⁴⁷ CARNELUTTI, Francesco, *Teoría general del derecho. Metodología del derecho*, Comares, Granada, 2003, p. 47.

⁴⁸ COTTA, Sergio, *Perché il diritto*, La Scuola, Brescia ²1983, 25-26.

⁴⁹ Cf. CASTRO TRAPOTE, Jorge, «El derecho canónico como orden humano y el derecho de familia: el carácter intrínsecamente relacional del *ius*», en *I fondamenti relazionali del diritto di famiglia. Un approccio interdisciplinare*, ESC, Roma, 2021, p. 290. Al respecto, Baura sostiene que «Se sono dovute è perché c'è una necessità di essere. Bisogna, infatti, dare lo *ius* a ciascuno perché tale *ipsa res iusta* è qualcosa appartenente all'essere della persona, che esprime la sua dignità di essere personale e in qualche modo la perfezione» (BAURA, Eduardo, «Il rapporto tra diritto e norma. Considerazioni alla luce delle proposte di Michel Villey, Sergio Cotta e Javier Hervada», *Forum*, 5 (2019), p. 573).

⁵⁰ DE AQUINO, Tomás, *Summa Theologiae*, I-II, 90, 1, 1. El siguiente texto del jurisconsulto Paulo es elocuente: «*Non ex regula ius summatum sed ex iure quod regula fiat* [el derecho no surge de la regla, sino que es la regla la que es elaborada a partir del derecho]» (PAULO, *Digesto*, 50, 17, *De regula iuris*).

realidad humana, en concreto, la dimensión jurídica vertebrada por cada uno de los *iura personarum* o *fideliium*. Este es el cardo que inspira la organización social. Es también la raíz de la obligatoriedad: existe alguien obligado a causa del *ius* del que es titular el fiel. Con lo dicho se matiza la controvertida y muy discutida obligación en conciencia a las leyes: no por lo mandado sino por lo debido. Aquello a lo que está obligado es a una acción: en efecto, el *ius* o lo justo incluye siempre una acción debida y, por eso, Santo Tomás dirá que «la ley es una regla y medida de nuestros actos según la cual uno es inducido a obrar o dejar de obrar»⁵¹.

Con lo expuesto se pone de manifiesto un elemento connatural de la autoridad: su diaconalidad⁵². La constitutiva referencia de la ley a la realidad y la legitimación que de ella recibe constantemente, denominada con el término «*rationabilitas*», es una versión del servicio de la autoridad en el ámbito de la función legislativa⁵³. Esto nos lleva a poner en relación el *ius* o *ipsa res iusta* con los derechos fundamentales: estos son su «formalización más transparente» o, como dice Hervada, los derechos fundamentales «dimanan en último término de la condición ontológico-sacramental del bautizado, de la cual son explicitaciones jurídicas»⁵⁴. La «jerarquía de la autoridad» está al servicio de la «jerarquía de la realidad» formalizada por los derechos fundamentales. Sería extraño que esta verdad aceptada en el ámbito civil, por muy vacía de contenido que esté, no recibiera una efectiva acogida en la función legislativa de la Iglesia. No obstante, ha sido un hallazgo relativamente reciente que es preciso custodiar, pues la arbitrariedad y el autoritarismo siempre serán un riesgo, del que no es inmune

⁵¹ DE AQUINO, Tomás, *Summa Theologiae*, I-II, 90, 1, 1. Es interesante la precisión que subraya Ferrer Arellano: «El objeto de la justicia estricta (*ius: quod est alteri debitum ad aequalitatem*), es, pues, aquel acto social de prestación –dar, hacer, permitir, omitir– debido a otro (*ad alterum*) que admite una consideración independiente del ánimo con el que se presta, en su exterioridad, conservando, a pesar de ello, un positivo valor social (contribuir al orden externo de justicia objetiva). Los actos así considerados, en su exterioridad, adquieren el matiz de una *cosa* objetiva. En este sentido definió Sto. Tomás al «ius» (derecho «objetivo» en la terminología de los antiguos) como «*ipsa res iusta*» (S. Th. II-II, 57, 1)» (FERRER ARELLANO, Joaquín, *Filosofía de las relaciones jurídicas*, Rialp, Madrid, 1963, pp. 305-306).

⁵² Cf. CEC, 876. Viene además expresamente resaltado en la Const. Ap. *Sacrae disciplinae leges*.

⁵³ «In sintesi: nel diritto canonico vigente il principio di legalità si è affermato (anche) in funzione di un nuovo soggetto, il *christifideles*, sul presupposto che la salvaguardia di quanto attiene alla condizione ontologica di tale soggetto e gli è, per tanto, dovuto, passi attraverso la riconduzione dell'esercizio del potere ai *diritti* mediante la legge» (SERRA, Beatrice, *Ad normam iuris. Paradigmi della legalità nel diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 92).

Quando se concibe la *auctoritas* por encima de la *veritas*, se vulnera la superior y radical igualdad de las personas y de los fieles en favor de la distinción de funciones.

⁵⁴ HERVADA, Javier, *Elementos de Derecho constitucional canónico*, 2.^a ed., Eunsa, Pamplona, 2001, p. 107.

la autoridad eclesiástica (*Principia Directiva*, n. 6); en otro caso, se incurriría en el llamado positivismo «ingenuo» o «sacro»⁵⁵. Esta función propia del derecho es una constante en los trabajos de Lo Castro: «Il canonista sa che la giustizia non è pura simmetria di concetti, quale può essere pensata e immaginata da un legislatore o costruita in brillanti sistemi dalla scienza giuridica, ma simmetria di rapporti fra persone, quale si realizza nella loro concretezza storica. Certo, il legislatore può e deve dare direttive mediante le norme, ma la sua volontà sarebbe arbitraria se pretendesse d'essere la fonte ultima del giusto, e, quanto meno, resterebbe velleitaria se la sua attuazione non fosse a questo ancorata»⁵⁶.

3. *IUS DIVINUM*: DERECHOS DE ORIGEN DIVINO Y NORMAS DIVINAS

Vista la constitutiva referencia de la ley a la realidad (la personal y la naturaleza de las cosas) es normal que la *rationabilitas* sea la esencia de la ley. La cuestión fundamental con respecto a la ley en el derecho común no es la oposición entre *libertas* y *auctoritas*, o entre *communitas* o *auctoritas*. El *punctum dolens* se halla entre *rationabilitas* y *auctoritas*⁵⁷. Este aspecto resulta evidente en la configuración de la costumbre *contra legem*. La relación entre *libertas/communitas* y *auctoritas* se encuentra con un presupuesto: el *ius* o *ipsa res iusta* del que es titular la persona. La *ipsa res iusta* es el derecho en sentido objetivo (en su formulación genuina, que condicionó la más tardía formulación de derecho subjetivo) y, por tanto, constituye lo que se llama la «verdad del derecho» o la «realidad del derecho». Cuando se habla de la *rationabilitas* de una norma canónica, se hace referencia a la verdad, es decir, a la adecuación a la realidad o al contenido objetivo, pues toda norma es *ordinatio rationis* o *ratio iuris*.

Este derecho del que la ley depende, el *ius* o *ipsa res iusta*, es un «derecho vigente» cuando hay conciencia de su existencia⁵⁸, y designa, en primer

⁵⁵ Cf. Otaduy, Javier, «Positivism ingenuo. A propósito del discurso de Benedicto XVI sobre interpretación de la ley canónica (21. I.2012)2», *Ius Canonicum*, 54 (2014), p. 25; cf. BAURA, Eduardo, «La realtà disciplinata quale criterio interpretativo giuridico della legge. Il discorso di Benedetto XVI alla Rota romana del 21 gennaio 2012», *Ius Ecclesiae*, 24 (2012), p. 116.

⁵⁶ LO CASTRO, Gaetano, «Il compito della scienza giuridica canonica nell'epoca della codificazione», en BAURA, Eduardo - ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, Nicolás - SOL, Thierry, *La codificazione e il diritto nella Chiesa*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 295.

⁵⁷ Cf. CORTESE, Ennio, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, I, Giappichelli, pp. 56-59; cf. CONDORELLI, Orazio, «La norma canonica fra esigenza di razionalità e principio di autorità: diritto comune e diritti particolari nella dottrina canonistica medievale, con particolare riferimento all' insegnamento di Galvano da Bologna nello Studium generale di Pécs (1371)», *Folia Canonica*, 3 (2000), pp. 148-149.

⁵⁸ Cf. HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, 11.ª ed., Eunsa, Pamplona, 2011, p. 177.

lugar, la dimensión jurídica de la persona, identificada con el derecho divino natural o, también, la dimensión jurídica del fiel, identificada con una parte del derecho divino positivo. En consecuencia, la expresión *ius divinum* natural y positivo hace referencia a esta dimensión jurídica del fiel⁵⁹. Para expresar lo dicho, lo más adecuado es denominarlos *ius* o *ipsa res iusta* de origen divino natural y *ius* o *ipsa res iusta* de origen divino positivo. Además, con el término *ius divinum* también se hace referencia a las normas divinas positivas⁶⁰. Todo ello es descrito con el nombre genérico de *ius divinum*, si bien es preciso verificar en cada momento a qué aspecto se está haciendo referencia⁶¹. No distinguir estas dos dimensiones en el interior del *ius divinum* es fuente de frecuentes confusiones en el debate doctrinal. Existe un uso indiscriminado y mayoritario del término *ius divinum* como equivalente a normas divinas⁶²: Dios es concebido como legislador al modo humano por influencia de Suárez⁶³, dejando fuera la parte más importante del *ius divinum* (el *ius* o *ipsa res iusta* de origen divino natural y positivo): «el

⁵⁹ Para Condorelli, la centralidad de la persona y del fiel es una constante en el derecho: «Es una convicción –y al mismo tiempo una advertencia– que recorre el pensamiento jurídico occidental desde sus orígenes en la cultura romana. A través de la compilación de Justiniano pasa al patrimonio jurídico medieval y moderno la conocida afirmación del jurisconsulto Hermogeniano de que el derecho está constituido para el hombre, tiene al hombre como fin: «*cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit*» (Dig. 1.5.2). Es una convicción que se mantiene viva en la Iglesia, y a través de ella el derecho de la Iglesia adquiere una fuerza ejemplar para las sociedades civiles: sobre todo en una época de extravío en los postulados del derecho natural, en la que el derecho, más que ser dictado por la recta ratio, puede a veces aparecer como el producto de ideologías falsas y del arbitrio de la voluntad de un legislador» (CONDORELLI, Orazio, «La situación actual de la ciencia canónica», *Ius Canonicum*, 49 (2009), pp. 23-24).

⁶⁰ No comparto la distinción de Berlingò, que admite basada en Habermas, entre un derecho divino vigente (o formalizado) y un derecho divino viviente (o eficaz) (cf. BERLINGÒ, Salvatore, *Nel silenzio del diritto. risonanze canonistiche*, il Mulino, Bologna, 2015, p. 127). Esta postura participa de la reducción que Vico introdujo en los trascendentales, convirtiendo el *verum* en el *factum*. Esto ha llevado a poner la «facticidad» como fuente originaria del derecho en vez de la «realidad».

⁶¹ No considero las normas divinas naturales que no han sido contenidas en el Evangelio (*in Evangelio continentur [Decretum]*), pues esa vía explorada por la Escuela racional de Derecho natural ha fracasado y ha acabado por fundar el positivismo. Eso no significa que el derecho natural quede circunscrito al previsto en las normas divinas positivas, sino que todo el derecho natural entra como *ius* de origen divino natural, como dimensión jurídica de la persona, concretada o especificada en los diferentes *iura* o *ipsae res iustae*; salvo lo explícitamente manifestado en las Sagradas Escrituras, y convertido en norma divina positiva de contenido natural, no considero otras normas divinas naturales. Véase que la atención prestada al derecho natural es mayor por situarlo en la dimensión jurídica de la persona y por considerarlo como vigente y, en consecuencia, vinculante.

⁶² Cf. GHERRO, Sandro, *Principi di diritto costituzionale canonico*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 37, 40.

⁶³ Cf. LO CASTRO, Gaetano, *Il mistero del diritto. Del diritto e della sua conoscenza*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 27.

fiel como derecho canónico subsistente». La equiparación exclusiva del *ius divinum* con las normas divinas es una reducción que atormenta de raíz la comprensión del derecho canónico. Afirmar que Dios crea al hombre y después le da la ley natural, genera la idea de una ley natural diferente y extrínseca al hombre; lo mismo dígase de la ley divina positiva.

Algunos ejemplos de la citada distinción entre *ius* de origen divino natural y positivo y normas divinas positivas son los siguientes: el derecho a escuchar el anuncio del Evangelio (*ius* de origen divino natural) y la fórmula de la recepción del Bautismo (norma divina positiva); la presencia de la autoridad en una sociedad o comunidad (*ius* de origen divino natural) y el primado de Pedro (norma divina positiva); derecho a recibir los sacramentos (*ius* de origen divino positivo) y «haced esto» entendiéndolo como el rito de origen apostólico (norma divina positiva); derecho de los fieles a trabajar por la extensión del mensaje divino (*ius* de origen divino positivo) y el mandato misionero de Cristo «id al mundo entero» a bautizar y enseñar a guardar todo lo que nos ha mandado (norma divina positiva); el derecho a la procreación (*ius* de origen divino natural) y el «creced y multiplicaos» del Génesis (norma divina natural-positiva).

Al lado del *ius* de origen divino natural y positivo y de las normas divinas positivas están las «normas humanas». Entre ellas tiene un puesto especial tanto la ley escrita procedente del legislador, como la costumbre, que tiene fuerza de ley. Me referiré a estas dos constantemente, aunque lo dicho sobre el contenido de la *rationabilitas* condiciona igualmente la validez de toda actuación jurídica en el derecho canónico, desde el ejercicio libre de los derechos de los que un fiel es titular o los estatutos de una persona jurídica, hasta los actos jurídicos puestos en el ejercicio de la función administrativa, pasando por las sentencias en el ámbito de la función judicial. Dado el principio de legalidad, la *rationabilitas* en la ley escrita y en la costumbre facilitará una *rationabilitas* en cascada en el resto de los momentos del derecho (administrativo, negocial, procesal).

4. CONTENIDO DE LA RATIONABILITAS

El contenido de la *rationabilitas* puede verse sucintamente expuesto ya en san Isidoro y recogido por Graciano: «Cómo debe ser la ley. La ley será honesta, justa, posible, de acuerdo con la naturaleza, en consonancia con las costumbres de la patria, apropiada al lugar y a las circunstancias temporales, necesaria, útil, clara –no vaya a ser que, por su oscuridad, induzca a error–, no dictada

para beneficio particular, sino en provecho del bien común de los ciudadanos»⁶⁴. De ahí puede proponerse la siguiente clasificación de la *rationabilitas*: 1) *rationabilitas* «sustancial»; 2) *rationabilitas* «histórica»; 3) *rationabilitas* «técnica». Mencionando todos o alguno de los aspectos, esta clasificación está presente en una buena parte de la doctrina⁶⁵. Al respecto, es especialmente significativo el siguiente texto de Lombardía: «El nervio de la construcción estaría, a mi juicio, en la búsqueda de una noción de *rationabilitas* que integre la congruencia con el Derecho divino natural y positivo, las exigencias pastorales (valoradas teniendo en cuenta las virtualidades de la tradición de la *oeconomia/dispensatio*) y los principios técnicos del sistema de Derecho positivo, en los que han de entrar en juego –sin desfallecimientos en beneficio de los titulares del poder, pero en fina armonía con el tradicional espíritu del ordenamiento canónico–, los derivados de las innovaciones del nuevo *Codex*

⁶⁴ DE SEVILLA, Isidoro, *Etimologías*, II, 21. Aparece recogido en el Decreto de Graciano (D. 4, 2).

⁶⁵ Cf. HERVADA, Javier, *Elementos de derecho constitucional*, 2.^a ed., Eunsa, Pamplona, 2014, p. 233; cf. *Idem*, *Lecciones propedeúticas de filosofía del derecho*, 3.^a ed., Eunsa, Pamplona, 2000, p. 356; cf. CONDORELLI, Orazio, «La norma canonica fra esigenza di razionalità e principio di autorità: diritto comune e diritti particolari nella dottrina canonistica medievale, con particolare riferimento all' insegnamento di Galvano da Bologna nello Studium generale di Pécs (1371)», *Folia Canonica*, 3 (2000), p. 133; cf. SERRA, Beatrice, *Ad normam iuris. Paradigmi della legalità nel diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 231 (toma el término «legalidad» como sinónimo de *rationabilitas*); cf. LO CASTRO, Gaetano, «Il compito della scienza giuridica canonica nell'epoca della codificazione», en BAURA, Eduardo; ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, Nicolás; SOL, Thierry, *La codificazione e il diritto nella Chiesa*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 295; cf. GHIRLANDA, Gianfranco, *Introducción al derecho eclesial*, Verbo Divino, Navarra, 2011, pp. 57-58; cf. BAURA, Eduardo, «Profili giuridici dell'arte de legiferare nella Chiesa», *Ius Ecclesiae*, 19 (2007), pp. 28-36.

A estos tres elementos son reconducibles los valores implícitos de la *ratio* en las fuentes normativas que menciona Javier Otaduy: verdad, adaptación, coherencia y corrección (cf. OTADUY, Javier, «La ratio en las fuentes normativas del Derecho canónico», en ARRIETA, Juan Ignacio, *Ius divinum nella vita della Chiesa. XIII Congresso Internazionale di Diritto Canonico*, Maricanum, Venezia, 2010, pp. 351-356). En otro escrito, expone lo siguiente: «En el último siglo se ha verificado sin duda una notable modificación en el modo de entender la realidad del derecho divino, de un modo más realista y encarnado. En efecto, el derecho divino nunca se encuentra químicamente puro, según una expresión que ha hecho fortuna. Siempre tiene historia. Sin negar esto, que es innegable, aceptar la verdad del derecho divino lleva implícitas estas tres notas: 1) sus contenidos son discernibles; 2) el valor de esos contenidos es asimétrico en comparación con el resto de los contenidos jurídicos, de modo que prevalecen sobre ellos; y 3) esos contenidos, aunque entren en contacto con la cultura, no quedan disueltos en la cultura» (OTADUY, Javier, «Dulcor Misericordiae III. Las situaciones irregulares desde el Concilio hasta Amoris Laetitia», *Ius Canonicum*, 58 (2018), p. 175).

A ella se refiere en varios momentos también Suárez, por ejemplo, cuando trata de la cesación de la ley por sí misma, *ab intrinseco*: puede cesar por ser «mala o injusta», «tan difícil y ardua que se la juzga imposible respecto de toda la comunidad» e «inútil y vana respecto del bien común» (Libro VI, cap. IX, n. 2).

relacionadas con la distinción de funciones y su incidencia en la naturaleza de los actos»⁶⁶. Quizá la clasificación mencionada (racionalidad sustancial, histórica y técnica) pueda corresponder, en parte, con la siguiente idea expresada por Benedicto XVI con ocasión del XXV aniversario de la promulgación del Código de 1983: «Para poder prestar este valioso servicio, la ley canónica debe ser ante todo una ley bien estructurada; es decir, debe estar unida, por un lado, al fundamento teológico que le proporciona racionalidad y es título esencial de legitimidad eclesial; por otro lado, debe adecuarse a las circunstancias cambiantes de la realidad histórica del pueblo de Dios. Además, debe formularse de modo claro, sin ambigüedades, y siempre en armonía con las demás leyes de la Iglesia»⁶⁷.

Respecto a la *rationabilitas* «sustancial». La ley es en primer lugar *ratio iuris*; es decir, remite a una realidad. El contenido de la *rationabilitas* es la verdad como *adaequatio rei et intellectus*⁶⁸: conocer, expresar, adecuarse a la realidad⁶⁹. Así pues, el primer elemento de la *rationabilitas* es la «sustancial» y tiene que ver con la adecuación a la realidad del *ius* de origen divino natural y positivo. Esto es lo que significa este tipo de *rationabilitas*. El segundo elemento es que esa verdad reside en la persona y tiene origen divino natural y positivo. Si lo primero en la *rationabilitas* sustancial es la verdad, lo segundo es la personalidad: una realidad que es personal. Todo esto es compatible con la preeminencia reconocida al derecho divino en el derecho canónico: se trata únicamente de captar que el derecho divino natural y positivo es un *ius* de origen divino natural y positivo que reside en la persona.

Dentro de la *rationabilitas* «sustancial» se contiene todo *ius* o *ipsa res iusta* de origen divino natural y positivo⁷⁰ y, también, lo que anteriormente se llamaba *nervus ecclesiasticae disciplinae*⁷¹ y hoy se denomina «derecho constitucional material». Con lo primero (*ius* de origen divino natural y positivo) se

⁶⁶ LOMBARDÍA, Pedro, «Ley, costumbre y actos administrativos en el nuevo código de Derecho Canónico», en *Escritos de Derecho canónico y de Derecho eclesiástico del Estado*, V, Eunsa, Pamplona, 1991, p. 124, nota 49.

⁶⁷ Benedicto XVI, *Discurso al Congreso con ocasión del 25.º aniversario de la promulgación del Código de Derecho Canónico*, 25 de enero de 2008.

⁶⁸ TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I, q. 16, a. 1.

⁶⁹ Para Baura, «la razionalità della norma significa in definitiva dipendenza dalla realtà che si pretende ordinare» (BAURA, Eduardo, «La razionalità ovvero il realismo della legge canonica», p. 8, en *Libro homenaje al card. P. Erdő* [pro manuscrito]).

⁷⁰ X. 1, 4, 11.

⁷¹ X. 1, 4, 5. Esta expresión encuentra cierta sinonimia con la de «*canonicis institutis*» (X. 1, 4, 3), «*sacris canonibus*» (X. 1, 4, 7), «*ecclesiis gravamen inducere*» (X. 1, 4, 1), «*contra ecclesiae libertatem*» (X. 5, 39, 49). Designa aquellos elementos del derecho canónico que configuran la estructura jurídica fundamental de la Iglesia: las normas de elección del Romano Pontífice, la normas sobre la validez de los sacramentos, etc.

hace referencia a todo el *ius divinum* natural y positivo, es decir, a la misma «realidad» del derecho, que es vigente en la medida en que es conocida en la Iglesia –lo que Hervada denominaba «positivación»–. Con el llamado *nervus ecclesiasticae disciplinae* se incluye en la *rationabilitas* sustancial el llamado «derecho constitucional material», conformado tanto por las normas divinas como por aquel derecho humano más próximo y conectado con la estructura primaria y fundamental de la Iglesia⁷². En este segundo campo de la *rationabilitas* sustancial se encuentran los derechos fundamentales del fiel y aquella normativa sobre la autoridad universal, particular y complementaria⁷³. Con el derecho constitucional material la «realidad» comienza su formalización, sin dejar por eso de ser vigente por sí misma: esta advertencia implica una notable diferencia con la mayoría de los teóricos del derecho. Es decir, «la realidad no delega su propia vigencia en la ley». Por lo tanto, la *rationabilitas* «sustancial» de la ley hace referencia a la adecuación de la ley a la dimensión jurídica de la realidad.

La *rationabilitas* «histórica» designa toda aquella *coherencia* que han de tener las leyes con las circunstancias históricas, espacio-temporales y sociales. Este tipo de *rationabilitas* ha generado los clásicos mecanismos de flexibilización de la norma: *ius remonstrandi*, la *dispensatio*, la *tolerantia*, la costumbre *contra legem*, etc.⁷⁴. Pero lo normal es que la *rationabilitas* «histórica» no esté siempre mediada por técnicas, sino que tenga una aplicación directa; piénsese, por ejemplo, en las diócesis en que no hubo dispensa del cumplimiento del precepto dominical (c. 1247) cuando los ciudadanos tuvieran prohibido salir de sus casas por motivos de salud; esa dispensa refuerza lo ya previsto en el canon 1248, ejemplo de formalización de la *rationabilitas* «histórica»: «cuando falta el ministro sagrado y otra causa grave hace imposible la participación en la celebración eucarística». Aunque este canon no existiera, esa circunstancia tendría igualmente aplicación por la misma vigencia del *ius divinum*, en este caso natural, como la tuvo la incapacidad natural para contraer matrimonio a pesar de la ausencia del canon 1095 hasta el Código de 1983. En varias ocasiones, Baura ha descrito su contenido, llegando a la siguiente conclusión: «essendo la legge un'ordinazione della vita sociale, la norma che, giusta in teoria, non fosse adeguata alla realtà della comunità la cui vita si vuole ordinare, andrebbe

⁷² Cf. HERVADA, Javier, *Elementos de Derecho Constitucional Canónico*, 2.^a ed., Eunsa, Pamplona, 2001, pp. 27-28; cf. DEL POZZO, Massimo, *Introduzione a la scienza del diritto costituzionale canonico*, EDUSC, Roma, 2015, pp. 68-72.

⁷³ Es la terminología que emplea el autor en DEL POZZO, Massimo, *La dimensione costituzionale del governo ecclesiastico*, PUSC, Roma 2020.

⁷⁴ Cf. PREE, Helmuth, «Le tecniche canoniche di fressilizzazione del diritto: possibilità e limiti ecclesiali di impiego», *Ius Ecclesiae*, 12 (2000), p. 376.

contro la sua propria essenza, in quanto non introdurrebbe un ordine, bensì un disordine: questa è una delle esigenze della nota essenziale di ogni norma jurídica, la razionalità»⁷⁵. Por tanto, la *rationabilitas* de la norma incorpora unas condiciones de posibilidad en las comunidades a las que va dirigida.

Finalmente, existe la *rationabilitas* «técnica», ya reconocible en San Isidoro: «[una ley] clara, no vaya a ser que por su oscuridad induzca a error». Consiste en una serie de exigencias formales que tienen un substrato material; la ausencia de estos requisitos en algunos niveles determinaría la ineficacia de la norma. En los casos más burdos podría hablarse de invalidez e incluso de inexistencia. Todo ello permite calificar esas exigencias como elementos de la *rationabilitas*. Podría pensarse en una ley, cuya redacción es absolutamente oscura y contradictoria; si bien son cuestiones de lenguaje, la necesidad de conocimiento de la ley es fundamental para su observancia. Las graves deficiencias técnicas de una ley determinarían que la esencial promulgación de la ley no es suficiente, pues el contenido no puede ser conocido al no haber sido mínimamente precisado⁷⁶. Su previsión en el Código se halla en el canon 14 sobre la duda de derecho: «Las leyes, aunque sean invalidantes o inhabilitantes, no obligan en la duda de derecho». Otro aspecto que forma parte de la *rationabilitas* técnica es el criterio de competencia: una vulneración del mismo lleva a la nulidad de la ley o a su inexistencia como norma del ordenamiento canónico. Este aspecto está en parte contenido en la noción sustancial de ley de Tomás de Aquino: la norma dictada por la autoridad legítima, es decir, que «tiene a su cuidado la comunidad»⁷⁷; podría tener valor como mera recomendación a disposición de los operadores jurídicos. Un ejemplo de esto último lo constituye el *Subsidio aplicativo* asumido por el entonces decano del Tribunal de la Rota Romana, Vito Pinto: la radical falta de competencia convierte al *Subsidio* en un «extraterrestre normativo». Igualmente, está incluido en la *rationabilitas* «técnica» aquella exigencia genérica que recae sobre los principios e instrumentos técnicos: deben reflejar el contenido de la *rationabilitas* sin impedirarla ni sustituirla.

⁷⁵ BAURA, Eduardo, «Profili giuridici dell'arte de legiferare nella Chiesa», *Ius Ecclesiae*, 19 (2007), p. 18.

⁷⁶ Es difícil imaginar esta circunstancia. Estaríamos ante leyes absolutamente imperitas, a las que la doctrina ha hecho referencia tradicionalmente. Lo cierto es que la civilización jurídica ha incorporado exigencias técnicas cuya carencia hace difícil reconocer una ley como tal: imaginémos una ley introducida usando el género epistolar, por ejemplo. Sin embargo, no es tan difícil imaginar que existan leyes con una elaboración y redacción deficientes (cf. BONI, Geraldina, *La recente attività normativa ecclesiale: finis terrae per lo ius canonicum? Per una valorizzazione del ruolo del Pontificio Consiglio per i testi legislativi e della scienza giuridica nella Chiesa*, Mucchi, Modena, 2021).

⁷⁷ DE AQUINO, Tomás, *Summa Theologiae*, I-II, q. 90, a. 4.

5. EL PARADIGMA CODIFICATORIO (PRINCIPIO *LEX POSTERIOR*) Y EL PARADIGMA CONSTITUCIONAL (PRINCIPIO *LEX RATIONABILIOR*)

El conflicto de leyes en el paradigma codificador viene protagonizado por el principio *lex posterior* y en el paradigma constitucional por el principio *lex rationabilior*. La característica más importante del paradigma constitucional es que ha conseguido situar bajo el principio de legalidad también al poder legislativo de los Estados. De un modo sustancial y no formal, esa característica ha formado parte del derecho canónico debido a la directa vigencia del *ius divinum*. Podría decirse, que la propuesta de la *canonizatio* es una extraña excepción al principio de legalidad sustancial (vigencia del derecho divino) en la historia del derecho canónico. Más aún, el principio *lex rationabilior* viene a ofrecer una alternativa a la *canonizatio práctica* que está informando la etapa del paradigma codificador en el derecho canónico, hace tiempo abandonada en el ámbito civil.

Con la exposición del principio de la prevalencia de la *lex rationabilior* se trata de compendiar un aspecto teórico del derecho canónico –considero sustancialmente aplicable el principio a todo ordenamiento– vertido hacia la práctica, con el fin de facilitar que se descubra, apoyados en la técnica, cuál es la *lex rationabilior* en el ejercicio de los derechos por los fieles y en la aplicación de los tribunales en caso de controversia. Al ordenamiento jurídico de una sociedad pluralista le parece inalcanzable este principio. La razón que más se aduce es esta: no todos ven las cosas del mismo modo y por eso no sería posible el valor de la certeza del derecho⁷⁸. Dejando a un lado la consistencia de la respuesta, es evidente que no es ese el problema de la Iglesia. El principal inconveniente señalado por los teóricos del derecho no concurre en el derecho canónico. Sin ser específico este principio del derecho eclesial, sí parece que sea el único sistema jurídico que actualmente podría realizar con técnicas modernas la llamada «justicia material», que por ser vista en el ámbito civil como imposible de incorporar al ordenamiento, es calificada de *justicia ideal*⁷⁹.

El principio *lex posterior derogat priorem* (cc. 20 y 28) regula la cesación de las leyes en tres supuestos: derogación expresa, regulación directamente

⁷⁸ Cf. BOBBIO, Norberto, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, pp. 33-34.

⁷⁹ Muchas de las tesis ordenadamente expuestas por Bobbio son seguidas por los teóricos del derecho. Entre ellas se encuentra la división tripartita que introdujo en la filosofía del derecho: teoría del derecho, teoría de la justicia y teoría de la ciencia jurídica, que ayudó a perpetuar un divorcio entre lo material y lo formal como *forma mentis* en el modo de cultivar el derecho (cf. *Idem, Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, Trotta, Madrid, 2018, pp. 56-57). De este modo, solo es derecho el derecho que es (positivo) mientras que el deber-ser es tarea de los teóricos: la justicia es un ideal externo al mismo derecho.

contraria y reordenación total de la materia. Este principio forma parte de la *rationabilitas* técnica: se quiere alcanzar una racionalización de las fuentes normativas, impedir su acumulación, evitar que sobre una misma cuestión existan múltiples normas aplicables, prescindir de una amalgama de normas sin eficacia y, en definitiva, facilitar la certeza jurídica sobre la ley vigente y aplicable. Se trata de un criterio formal basado en lo temporal que facilita la viabilidad jurídica de un sistema normativo. Su adopción por los ordenamientos jurídicos resulta del todo justificada. No es esto propiamente lo que se quiere poner en discusión, sino si ese principio debe regir «en exclusiva» la preferencia entre leyes: ¿es un criterio formal el que en último término decide cuál es la ley aplicable en un caso concreto⁸⁰? Por otro lado, hacer descansar en el principio *lex posterior* toda la cesación de las leyes implica una visión simplista e irreal del ordenamiento canónico: todas las leyes tendrían el mismo rango, al margen de su contenido y las materias reguladas. Es decir, ostentarían el mismo nivel normativo, tanto la ley procesal que establece un plazo para interponer un recurso (por ejemplo, el canon 1735) como las normas que formalizan los derechos fundamentales o la autoridad del Romano Pontífice (cc. 208-223, c. 331). El «paradigma codificador» tuvo indudables beneficios y el balance es sin duda afirmativo, pero fue incapaz de articular la complejidad de los ordenamientos jurídicos y de reflejar sus fundamentos; lo mismo ocurrió en el ordenamiento canónico. Más que defectuoso, «el paradigma codificador es insuficiente». Es prácticamente imposible que no concurren varias normas en conflicto y, normalmente, de distinto rango. La adopción del «paradigma constitucional» es inevitable, sobre todo porque la realidad no se presenta en la historia amorfa y uniforme. En este sentido, es pertinente formular el principio *lex rationabilior*.

Es interesante observar que este principio se admite en el ámbito de la ciencia jurídica como tarea propia de los teóricos del derecho. La doctrina vendría a constituir una instancia crítica externa al mismo sistema normativo que tendría como misión controlar su axiología, propiciando que las leyes con menos *rationabilitas* abandonen el ordenamiento y sean sustituidas por otras con más justicia material o sustancial. Los teóricos del derecho tendrían la vocación de hacer progresar el ordenamiento guiados por el criterio de la justicia material. Más aún, la doctrina entiende que también es tarea suya la de proponer técnicas que permitan un mayor ajuste entre la justicia material y la justicia formal. Así, a la teoría del derecho le corresponde una función crítica y otra propositiva. Por lo tanto, existe en el ámbito civil el principio *lex ratio-*

⁸⁰ Entiéndase por caso concreto aquel ejercicio pacífico del derecho por su titular o aquella resolución judicial poniendo fin a una controversia.

nabilior, pero es visto como externo al sistema (es competencia de los juristas teóricos) y actúa *a posteriori* (pretende la reforma del sistema).

Resulta evidente en el ámbito canónico que la tensión intelectual ha de mantenerse sin interrupción para no renunciar a la *rationabilitas* sustancial o material en favor de una seguridad formal. Es, pues, una aspiración común con los teóricos del derecho. También considero que el volumen del sistema normativo canónico en comparación con los sistemas civiles permite adoptar una posición decidida en favor del criterio de la mayor *rationabilitas* entre normas, no solo en el ámbito doctrinal, sino como un principio viable que forme parte del sistema canónico. La incorporación de este principio permitiría que la *rationabilitas* (justicia material es el término de los teóricos del derecho que más se le aproxima) pasara de ser una justicia «ideal» a una justicia *viva*, concreta e histórica: no se limita a postular teóricamente qué es lo que corresponde a cada uno ni cuál es el mejor modo de conseguirlo, sino que lo realiza efectivamente en el presente y no como promesa futura e ideal. Para lograrlo, no se propone la «humillación» de la norma⁸¹, sino favorecer la *lex rationabilior*. Es preciso convencerse que el derecho canónico tiene una gran tradición jurídica y resortes suficientes para inspirar soluciones técnicas basadas en la validez y vigencia de la norma con más *rationabilitas*; estaría en condiciones de conseguir lo que en el ámbito civil es solo una aspiración, tal y como ellos mismos reconocen. El principio *lex rationabilior* se refiere a la preferencia por la ley con más *rationabilitas*. Mostraré en el siguiente apartado una propuesta de articulación por medio de varias técnicas.

El principio *lex rationabilior* es más normal de lo que pudiera parecer en un primer momento. Baste para ello observar una evidencia: ¿qué motiva la existencia de una nueva ley canónica? Un mejor orden de la realidad, una mayor *rationabilitas* en la organización social. Siendo esta verdad de perogrullo, no hay por qué abandonarla cuando concurren varias normas aplicables a un caso. Será sencillo aceptar el principio *lex rationabilior* si se prescinde del llamado positivismo ingenuo o sacro que al final es un exceso de voluntarismo fundado en una concepción fideísta de la autoridad eclesial, en virtud del cual, es preciso «creer» que toda ley posterior contiene más *rationabilitas* que todas las anteriores y que las superiores: no depende de ser posterior ni de quién la dicta, sino del contenido. Por tanto, planteo la siguiente tesis: el principio *lex posterior derogat priori* queda circunscrito a las normas del mismo rango para los tres casos previstos en el canon 20,

⁸¹ Como pudo verse en ocasiones en algunos representantes del realismo americano y escandinavo, o en algunas propuestas neoconstitucionalistas actuales en las que se disuelve la ley en principios.

mientras que el principio *lex rationabilior* se refiere al conflicto entre leyes vigentes de igual o diferente rango sustancial⁸².

Este planteamiento del principio *lex rationabilior* es operativo cuando se trata de optar entre una costumbre y una ley escrita, siendo preferible la *lex rationabilior*⁸³. No encuentro objeciones, aunque sí dificultades, para extender este *modus operandi* a los conflictos entre leyes escritas. Es un primer acierto la redacción del canon 24 por sus referencias explícitas a la *rationabilitas*: 1) «ninguna costumbre puede alcanzar fuerza de ley si es contraria al derecho divino» (c. 24 § 1); 2) «tampoco puede alcanzar fuerza de ley una costumbre contra ley o extralegal si no es razonable» (c. 24 § 2). Mejor aún es esta redacción en sentido afirmativo, pues, como recuerda la doctrina, la adecuación al derecho divino no es solo una exigencia de respeto, sino una afirmativa obligación de contenido. Ahora bien, si a la costumbre le es connatural una base de *rationabilitas* por su esencial capacidad de ajuste a las circunstancias sociales e históricas, este segundo parágrafo del canon 24 debe afirmarse por mejores razones para la ley escrita⁸⁴. Por otro lado, esta exigencia de *rationabilitas* para la ley escrita es doctrina unánime. Por el momento, dada la intrínseca dependencia que la validez de la norma tiene respecto a la *rationabilitas*, se presenta como recomendable el principio *lex rationabilior*.

La crisis del derecho canónico tiene que ver con el mencionado «paradigma codificadorio»⁸⁵. Su característica fundamental podría ser que *utiliza* el Código

⁸² El canon 21 opta por mantener la ley anterior en caso de duda sobre la revocación.

⁸³ «Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la racionalidad es requisito, tanto de la ley como de la costumbre; por tanto, una disposición reprobatoria de costumbre, que implicara un ejercicio arbitrario del poder legislativo, sería nula por irracional y no conseguiría el efecto de descalificar a la costumbre» (LOMBARDÍA, Pedro, *Lecciones de Derecho canónico*, Tecnos, Madrid, 1984, p. 59). El criterio temporal actúa ante una igual o semejante *rationabilitas*. En la misma idea insiste al hablar de la reprobación: «el criterio ha que ha de informar la actividad de los Obispos al optar por reprobación o no costumbres *contra legem*, no puede ser otro que el de la *rationabilitas*» (*Idem*, «Ley, costumbres y actos administrativos en el nuevo Código de Derecho Canónico», en *Escritos de Derecho canónico y de Derecho eclesiástico del Estado*, V, Eunsa, Pamplona, 1991, p. 126).

⁸⁴ Es elocuente, al respecto, la metáfora que emplea Carnelutti del «mercado jurídico»: las costumbres son «productos naturales o genuinos» y las leyes escritas son «productos sintéticos» (cf. CARNELUTTI, Francesco, *Teoría general del derecho. Metodología del derecho*, Comares, Granada, 2003, p. 75).

⁸⁵ Cf. GHERRI, Paolo, «Ordinamento giuridico e Diritto canonico: il contributo strutturante di Santi Romano», *Stato, Chiesa e pluralismo confesionale*, 28 (2018), p. 21; cf. DEL POZZO, Massimo, «El concurso de la ciencia canónica en la realidad eclesial y en el saber jurídico universal», *Ius Canonicum*, 60 (2020), p. 509; cf. FANTAPPIÈ, Carlo, «Dal paradigma canonicistico classico al paradigma codificadorio», en BAURA, Eduardo; ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, Nicolás; SOL, Thierry, *La codificazione e il diritto nella Chiesa*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 33-34; cf. C. *Idem*, *Per un cambio di paradigma. Diritto canonico, teologia e riforme nella Chiesa*, EDB, Bologna, 2019, p. 38; cf. PREE, Helmuth, «Profilo e sfide del diritto canonico all'inizio del terzo millennio», *Periodica*, 107 (2018), p. 238; cf. DE BERTOLIS, Ottavio, «Il Ius divinum in San Tommaso d' Aquino: significato e

como técnica sustitutiva de la dimensión jurídica de la realidad; esto da lugar a la *canonizatio práctica*. Pero, además, dicho paradigma se ha mostrado incapaz de atender la complejidad y diversidad en el interior del ordenamiento canónico. No creo que el problema fuera el Código de 1917 o que lo sea el mismo Código de 1983, sino el *iusvoluntarismo* que prevalece en su interpretación. Para superar el estancamiento que la codificación ha supuesto para la ciencia canónica, un inicio podría ser resituarse el Código de 1983 dentro del horizonte de progreso al que apuntan los *Principia directiva* en estrecha unión con la reforma del Concilio Vaticano II⁸⁶. En esta perspectiva, el Código se presenta como un paso no definitivo en un progreso no concluido: ¿cómo interpretar el Código para que no suponga un freno a la salida de la crisis? Aunando *rationabilitas* y técnica en adecuada síntesis, orientada a través de la centralidad del fiel y sus derechos fundamentales⁸⁷. Esto último nos lleva a darnos cuenta que «el paradigma codificador ha sido superado por el paradigma constitucional», es decir, que no son las simples leyes ordinarias las que aparecen en la cumbre de la pirámide normativa sino los derechos fundamentales, configurados también como límites al poder y obligaciones de la autoridad⁸⁸. Si el paradigma codificador había conseguido poner bajo el principio de legalidad al poder ejecutivo, el paradigma constitucional consigue situar al legislador bajo el principio de legalidad sustancial (*ius divinum* lo llaman los canonistas). El paradigma codificador está resultando ser tan extemporáneo como lo fue en su momento el paradigma iuspublicista. Este paso que ha dado la teoría del derecho podría ser positivamente valorado por la canonística, siendo que supone una alternativa que deja atrás el ya denominado *paleopositivismo*⁸⁹. Ahora es más fácil la interdisciplinariedad.

Por lo tanto, los derechos fundamentales del fiel previstos en el Código son normas que concurren con las demás leyes que regulan su ejercicio. Esta afirmación se encuentra con un problema: el estudio detallado sobre el contenido de los derechos fundamentales del fiel sigue pendiente, y es deseable que en el futuro ocupe a algunos constitucionalistas que logren reducir la vaguedad del principio de la *salus animarum* o del *bonum commune Ecclesiae*, utilizados

prospettive», en ARRIETA, Juan Ignacio, *Il Ius divinum nella Vita della Chiesa*, Marcanum, Venetia, 2010, p. 158.

⁸⁶ Cf. HERRANZ, Julián, «Principii direttivi e postulati conciliari», en *Studi sulla nuova legislazione della Chiesa*, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 37-69.

⁸⁷ La voz autorizada de Herranz afirma que el canon 204 (el fiel) es el «vero cardine di tutto il Codice» (*Ibidem*, p. 39).

⁸⁸ Cf. FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, I, Trotta, Madrid, 2007, p. 775.

⁸⁹ Cf. *Ibidem*, p. 12.

para una cosa y la contraria debido al actual vacío de significado. Toda fundamentación o motivación en la *salus animarum* y en el *bonum commune Ecclesiae* que no resulte precisada por el contenido de un derecho es una afirmación tan grandilocuente como hueca. Me parece que el legislador precisaría de dos ayudas en este punto que corresponde a la canonística ofrecer: claridad en los límites de la autoridad (derivados de la realidad de los derechos, o lo que es lo mismo, del *ius divinum*) y orientación (llenar de contenido lo que hoy son enunciados programáticos de los derechos) para cumplir con sus obligaciones de servicio a los fieles por medio de las leyes.

6. VIABILIDAD TÉCNICA DEL PRINCIPIO *LEX RATIONABILIOR*

La formalización jurídica de los derechos fundamentales no sustituye la realidad, pero la hace formar parte del derecho positivo. Esto otorga una complejidad de partida en el sistema normativo, pues siempre confluirán de modo directo varias normas para regular los diferentes supuestos. En consecuencia, es connatural a todo ordenamiento la existencia de antinomias. Ha acabado el culto a la ley, propio del *paleopositivismo*, y así lo admiten actualmente los teóricos del derecho. El sistema normativo constituye uno de los momentos del derecho y, por ello, no es sinónimo de sistema jurídico. Existen por tanto antinomias en una parte del sistema jurídico como es el sistema normativo. Con el término antinomia se designa la concurrencia de varias normas con soluciones distintas para un supuesto determinado. Si los conflictos se dan entre normas, las antinomias se denominan de primer grado. Si se dan entre los principios que regulan el conflicto de normas, las antinomias se llaman de segundo grado. Unas y otras dependen de la peculiar estructura de cada sistema normativo: por ejemplo, varían de un sistema en el que existen parlamentos regionales o federales, a otro que solo tiene un parlamento nacional. En el ámbito canónico, las antinomias dependerán también de la estructura fundamental de la Iglesia. Me centraré en el derecho canónico, si bien, pienso que las afirmaciones de fondo serían aplicables a cualquier sistema jurídico, aunque con otras medidas más complejas. A continuación, expongo una serie de técnicas que tratan de vertebrar el principio de prevalencia de la *lex rationabilior* que, a mi juicio, domina la solución de las antinomias de primer (entre normas) y segundo grado (entre principios) por todo lo que llevamos visto. Una aclaración que interesa repetir desde el principio es que el conflicto de leyes no se refiere exclusiva ni principalmente a contradicciones entre proposiciones lingüísticas sino entre ordenaciones o regulaciones de los derechos.

6.1 Técnica primera: el principio de jerarquía normativa

Esta técnica se encuentra presente en los ordenamientos civiles. Podría decirse sin exagerar que, al estar actualmente concentrada en el constitucionalismo, la teoría del derecho es un desarrollo del principio de jerarquía normativa. El contexto es el siguiente: el paso de un Estado legislativo de derecho –donde la hegemonía la tenía una ley sin límites de ningún tipo dada una mayoría– a un Estado constitucional de derecho –donde los derechos fundamentales son la esfera de lo indecible por la mayoría ni siquiera por la unanimidad–⁹⁰. Por eso se ha celebrado que el principio de legalidad se haya extendido también al poder legislativo, en lo que viene a ser el último logro del nuevo positivismo constitucionalista.

El motivo de esta transformación se halla en el creciente protagonismo que ha alcanzado la llamada «justicia material» o «sustancial». Prieto Sanchís se refiere a «constituciones “rematerializadas”»⁹¹. Supone una técnica que está basada en la apuesta porque las leyes más razonables (por su especial ajuste a la realidad) sean difícilmente reformables y no resulten derogadas por las leyes ordinarias posteriores. Aquí se encuentra la primera excepción notabilísima al principio *lex posterior derogat priori*: se han creado distintos niveles o rangos normativos, asegurando aquellos que tienen más cotas de *rationabilitas*, gracias a procedimientos de reforma agravados o rígidos, de modo que las leyes ordinarias dictadas por el legislador competente no afectan a las normas superiores. Nadie defiende ahora que los rangos normativos obedezcan exclusivamente a razones formales: este principio obedece a la justicia material y está respaldado por medidas formales. Se trata, sobre todo, de los derechos fundamentales.

En el ámbito canónico no existe una constitución formal, aunque siempre ha existido una constitución material. Esto quiere decir que hay elementos normativos que ocupan una posición de superioridad, porque hay aspectos más importantes que otros, como es obvio. Esta afirmación no es una alternativa resignada a la inexistencia de una *Lex Ecclesiae Fundamental*, sino parte de la tradición canónica, designada con el término *nervus ecclesasticae disciplinae*, forjado progresivamente en la delimitación del contenido de la *rationabilitas* de la costumbre. No obstante, la opción por una constitución formal cooperaría a una adecuada síntesis entre tradición canónica y técnica⁹². Es

⁹⁰ Cf. *Idem*, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 8.ª ed., Trotta, Madrid, 2019, pp. 19-25.

⁹¹ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, 3.ª ed., Trotta, Madrid, 2014, p. 165.

⁹² Considero que esto último es el criterio para afrontar un desarrollo de la Parte general del Derecho canónico.

adecuada porque su adopción no disminuye el contenido material, sino que lo vertebra de un modo ordenado y claro favoreciendo la existencia de un orden justo en la Iglesia: refleja la primacía del *ius divinum*, aumenta la sensibilidad jurídica de los fieles, sitúa los derechos fundamentales en el centro y es apta para manifestar la dimensión jurídica de la persona y del fiel («el derecho canónico subsistente»).

Es una opción admisible porque participa de la característica elemental que toda medida debe poseer para una adecuada síntesis entre tradición canónica y técnica: la «transparencia». Lo contrario sería la «sustitución». Una técnica substitutiva es aquella que representa a la realidad ocupando su lugar: una vez que la realidad ha entrado en el ámbito formal, los instrumentos jurídicos incorporan el contenido y desechan la realidad del interior del derecho (por ejemplo, no existe la vida sino la norma que atribuye el derecho a la vida junto a la interpretación del tribunal constitucional según la moral social), o la reducen si no se tiene en cuenta en su totalidad (cuando el derecho fundamental es identificado con su expresión escrita en el ordenamiento), o la fosilizan cuando no se considera la historicidad de la naturaleza humana ni las circunstancias sociales (por ejemplo, definir el domicilio exclusivamente por la residencia y no por el lugar de la parroquia donde se vive la fe). El principio de jerarquía normativa es una técnica relacionada coherentemente con la *rationabilitas* y sirve para distinguir leyes más o menos razonables, en función de la importancia de la realidad regulada y de la conexión con el *ius divinum* y con la estructura fundamental de la Iglesia.

Lex rationabilior es, en primer lugar, toda norma de rango constitucional. En el caso de existir una *Lex Ecclesiae Fundamentalis* habría una formalización de la misma dimensión jurídica de la realidad eclesial; bien entendido, que no sería una sustitución de la realidad por la forma, sino la formalización más transparente. El ejemplo más importante son los derechos fundamentales del fiel: esos derechos fundamentales no son la realidad (*iura pesonarum* y *iura fidelium*), sino una expresión de ella. Pero esa expresión alcanza casi el tono de declaración o descripción de la realidad. «Formalización» porque no están todos los derechos y podrían estar de otro modo incorporados al derecho positivo. «Transparente» porque la realidad (*ius* o *ipsa res iusta*) resulta clara en el texto: este no oculta la dimensión jurídica de la realidad, sino que la proclama y manifiesta fácilmente, haciendo eco de su vigencia.

Sin embargo, esta técnica es insuficiente; necesita ser complementada por otras que regulen los conflictos de leyes de igual rango, dada la coherencia con las normas constitucionales.

6.2 Técnica segunda: el principio *lex specialis*

Tanto el principio de jerarquía normativa como el principio *lex specialis* son un límite al principio *lex posterior derogat priorem* en el siguiente sentido: una ley inferior no deroga una ley superior previa, y una ley general posterior no deroga una ley especial anterior (en este último caso, si no lo dice expresamente y por razones justificadas). Este principio es el primero en aplicarse entre leyes del mismo rango cuando una es especial y la otra es común. Viene mencionado en el canon 20. El principio de jerarquía normativa es siempre el que prevalece sobre todos los demás por la importancia de la realidad regulada. Ese rango normativo superior está compuesto por el *ius divinum* y por normas humanas cuya proximidad con el derecho divino o con la estructura fundamental de la Iglesia hace que formen parte de ese rango constitucional. A continuación, está en importancia el principio *lex specialis*, basado, principalmente, en la condición canónica de las personas. Toma en consideración circunstancias que forman parte del estatuto jurídico del fiel: edad (derecho especial de los menores), vocación (derecho especial de los religiosos, o el derecho matrimonial), profesión (militares), procedencia (antiguos anglicanos), etc. Aquí se encuentra su relación con la *rationabilitas*: transparenta circunstancias reales de la dimensión jurídica del fiel.

Así pues, el principio *lex specialis* permite una síntesis entre *rationabilitas* y técnica, en la medida en que la norma muestra la realidad que hay detrás y se deja permear por ella. En definitiva, la ley es calificada de «especial» porque la realidad que regula lo es. Por lo tanto, es una técnica que completa la anterior y se basa igualmente en una mayor *rationabilitas* al adecuarse más a la realidad. Es más razonable la *lex specialis* porque es más concreta: no se dirige a todos los fieles sino a un conjunto peculiar de ellos. Como la ley tiene en cuenta esa diversidad que existe en la realidad, se considera más razonable por estar más ajustada. Esta conexión con la realidad hace del principio *lex specialis* una aplicación más de la mayor *rationabilitas*, y en este sentido, forma parte del principio *lex rationabilior*. Si los distintos mecanismos de flexibilización de las leyes constituyen una característica propia del ordenamiento canónico, podríamos decir que la *lex specialis* es el más elemental entre todos ellos.

6.3 Técnica tercera: el principio *favor iuris*

Este principio designa la jerarquía de la realidad sobre la norma. La técnica consiste en una presunción *iuris tantum*: la dimensión jurídica de la realidad es vinculante y se presenta en condiciones normales, siempre que no se pruebe

lo contrario en un caso determinado. Este principio se basa en que la realidad es buena en sí misma. Esa realidad son los *iura personarum* y los *iura fidelium*. En tanto que el *ius* o *ipsa res iusta* se identifica con la dimensión jurídica de la persona y del fiel, se puede hablar de la «realidad del derecho» o de «la verdad del derecho»⁹³. Si la *ipsa res iusta* es parte de la realidad, es intrínseca su bondad: «y vio Dios todo lo que había hecho; y he aquí que era muy bueno» (Gn. 1, 31). Además, el principio *favor iuris* quiere decir que los derechos son la realidad más alta en el derecho canónico. En la medida en que los derechos fundamentales son la formalización primera y más elemental de los *iura* o *ipsae res iustae*, todo ello –tanto los derechos fundamentales como la realidad que manifiestan– constituye el centro, la clave de bóveda de todo el derecho eclesial⁹⁴. En definitiva, el principio *favor iuris* otorga prioridad a la realidad. Cuando esta realidad va más allá de la persona humana, hablamos de «naturaleza de las cosas»⁹⁵. Pero la lógica es la misma: la dimensión jurídica de la realidad es vinculante en tanto que conocida y no hay justicia posible al margen de la realidad –sería una ficción–. Por tanto, el principio *favor iuris* delimita el concepto de *rationabilitas* de la ley en el siguiente sentido: la ley ha de constituirse como protección y desarrollo de la realidad, no como restricción y sustitución, ya que el *ius* o *ipsa res iusta* es un crecimiento personal debido⁹⁶. En resumen, el principio *favor iuris* quiere decir que la dimensión jurídica de la persona es buena, vinculante y se presenta en condiciones normales, salvo que se pruebe lo contrario en un supuesto determinado.

El principio viene formulado explícitamente en el derecho matrimonial (c. 1060)⁹⁷ y no hay ningún motivo que justifique su exclusiva aplicación a este derecho humano y no al resto (incluidos los del fiel). Es decir, no obedece a

⁹³ O que «el hombre es la esencia del derecho», «el cristiano es la esencia del derecho canónico» o «el fiel es el derecho canónico subsistente» (BENEDICTO XVI, *Discurso a la Rota Romana*, 21 de enero de 2012).

⁹⁴ Cf. DEL POZZO, Massimo, *Lo statuto giuridico fondamentale del fedele*, PUSC, Roma, 2018, p. 11; cf. *Idem*, *Introduzione alla scienza del diritto costituzionale canonico*, PUSC, Roma, 2015, pp. 84-86.

⁹⁵ La expresión «*ex natura rei*» se aplica tanto a las personas como al resto de la realidad. Prefiero dejar esta denominación para la adecuación a la realidad distinta de la persona.

⁹⁶ Cf. CASTRO TRAPOTE, Jorge, «El derecho canónico como orden humano y el derecho de familia: el carácter intrínsecamente relacional del *ius*», en NERI, Adriana - LLORÉNS, Inés, *I fondamenti relazionali del diritto di famiglia. Un approccio interdisciplinare*, ESC, Roma, 2021, pp. 290-294.

⁹⁷ «Se trata de un principio que trasciende ampliamente la presunción de validez, dado que informa todas las normas canónicas, tanto sustanciales como procesales, concernientes al matrimonio» (JUAN PABLO II, *Discurso a la Rota Romana*, n. 3, de 29 de enero de 2004); «se trata de la aplicación al matrimonio de una presunción que constituye un principio fundamental de todo ordenamiento jurídico» (JUAN PABLO II, *Discurso a la Rota Romana*, n. 4, de 29 de enero de 2004). De algún modo, podría estar implícito en el canon 18: «Las leyes que establecen alguna pena, coartan el libre ejercicio de los derechos, o contienen una excepción a la ley se deben interpretar estrictamente».

exigencias internas del mismo *ius connubii*, sino que está referido a él por el especial desarrollo del derecho canónico matrimonial en la historia. La presencia del principio *favor iuris* ha permitido rechazar proyectos de leyes sin *rationabilitas* o con menos *rationabilitas*. En muchos planteamientos teológicos que acaban en propuestas canónicas, como en el caso de Kasper, se postula la eliminación del principio *favor iuris matrimonii*⁹⁸. Esto quiere decir que la realidad se ha quedado sin ninguna fuerza vinculante o, dicho de otro modo, el derecho natural ha sido extinguido en el actual momento de la historia. Ello implicaría que la sociología tiene la impresionante fuerza de derogar la ontología, o que el *factum* es al final el *verum* como concluyó Vico⁹⁹. En este planteamiento la realidad desaparece; solo queda, entonces, la voluntad de la ley para reconstruirla. La propuesta de Kasper es básicamente una tentativa voluntarista: la pastoral pretende refundar la ontología; esto conduce a una errática creatividad. Además, es una propuesta tremendamente pesimista: la naturaleza humana no conserva ninguna exigencia interna reconocible. En efecto, detrás de todos los intentos por eliminar el *favor iuris matrimonii* se esconde una concepción negativa de la realidad del *ius* o *ipsa res iusta* y de las consecuencias de su ejercicio¹⁰⁰. No se capta el *esse* ni su conversión con el *verum* y el *bonum*; no se capta que «vio Dios que era muy bueno». Esto manifestaba el Romano Pontífice a los jóvenes en la Carta Ap. *Christus vivit*: «yo sí tengo confianza en ustedes, y por eso les aliento a optar por el matrimonio» (n. 264).

6.4 Técnica cuarta: el principio *in dubio pro fidele*¹⁰¹

Este principio es parte del anterior. Considerarlo separadamente obedece al contenido de *rationabilitas* que denota: los derechos fundamentales son nor-

⁹⁸ «La *praesumptio iuris*, de la que parte el derecho eclesiástico, ¿no es quizás una *factio iuris*?» (KASPER, Walter, *Bibbia, eros e famiglia*, 20-II-2014, *Il Foglio quotidiano*, 1-III-2014 [publicada en español con el título *El Evangelio de la familia*, Sal Terrae, Santander 2014], citado en NIEVA, Joaquín Alberto, «El bautizado que contrae matrimonio sin fe no necesariamente excluye el consentimiento matrimonial», *Ius Canonicum*, 54 [2014], pp. 521-565). Más adelante propondrá la fe como requisito de la validez del matrimonio. En cierto sentido, también Oulet (cf. OULLET, Marc, *El matrimonio y la familia en la sacramentalidad de la Iglesia. Desafíos y perspectivas*, en <http://www.communio-argentina.com.ar/sinodo-2015-el-matrimonio-yla-familia-en-la-sacramentalidad-de-la-iglesia/#searchbox>).

⁹⁹ «*Verum esse ipsum factum*» (VICO, Giambattista, *De antiquissima*, Croce-Nicolini, Bari, 1944, p. 131).

¹⁰⁰ Aquí se halla la desenfocada pretensión de la Comisión Teológica Internacional por requerir algo de fe para la validez del matrimonio (cf. CASTRO TRAPOTE, Jorge, «Ausencia de fe y validez del matrimonio: fundamentación», *Ius Canonicum*, 61 (2021), p. 638).

¹⁰¹ Corresponde al principio *pro persona* de los ordenamientos seculares; en el ámbito penal equivale a *pro reo*.

mas, como lo son también las leyes que regulan el ejercicio de los derechos. Hemos visto que el principio de jerarquía normativa impone la *lex rationabilior*; situándola en un rango superior: los derechos fundamentales son normas constitucionales y, en este sentido, se constituyen como *lex rationabilior*. Ahora bien, es posible que exista una norma que limite el ejercicio de los derechos; para determinar el alcance de la limitación, se aplicará el principio *in dubio pro fidele*. El canon 18 garantiza la interpretación restrictiva de las leyes que coartan el ejercicio de los derechos, pero aquí, nos movemos en un plano anterior: es el plano de la misma *rationabilitas* de la ley limitadora. Dada la jerarquía normativa como aspecto técnico del principio de la *lex rationabilior*, toda ley que limite los derechos ha de lograr un orden más justo que el que modifica, y no en general, sino en la actualidad de los derechos de cada persona o fiel: pretender un crecimiento en el bien común sin que crezcan los derechos fundamentales de cada persona en el momento presente, ciertamente, es una ilusión¹⁰². Lógicamente, en la *rationabilitas* y no en la pura autoridad es donde está justificada la limitación de los derechos fundamentales: ¿por qué limitarlos? Para protegerlos y solo en la medida necesaria que requiera su protección. Es frecuente observar que las leyes motivan la limitación de los derechos fundamentales apoyados en el *bonum commune Ecclesiae* o en la *salus animarum*. Estas fundamentaciones tienen una alta dosis de vaguedad y, en parte, incurren en una cierta falacia, porque el *bonum commune Ecclesiae* y la *salus animarum* se concretan e identifican con cada derecho fundamental¹⁰³. Por tanto, debe entenderse correctamente la expresión «limitar los derechos», ya que solo puede estar justificada una «limitación» como modo extraordinario y provisional de protección de los derechos debido a especiales circunstancias, ante las cuales la no intervención supondría una disminución mayor del derecho que la propia «limitación»¹⁰⁴.

Existe un criterio que orienta la racionalidad en la limitación de los derechos fundamentales: solo será razonable una ley que limita el ejercicio de los derechos cuando la limitación es *universalizable*. Como los derechos fundamentales son universales, solo una limitación de su ejercicio que sea «univer-

¹⁰² «El hombre que vive en el presente es sacrificado al Moloc del futuro, un futuro cuya efectiva realización resulta por lo menos dudosa. La verdad es que no se puede promover la humanización del mundo renunciando, por el momento, a comportarse de manera humana. A un mundo mejor se contribuye solamente haciendo el bien ahora y en primera persona, con pasión y donde sea posible, independientemente de estrategias y programas de partido» (BENEDICTO XVI, *Deus Caritas est*, n. 31).

¹⁰³ Cf. *Compendio de la doctrina social de la Iglesia*, n. 166.

¹⁰⁴ Me estoy refiriendo a las leyes que limitan los derechos, no a las que los regulan; en concreto, me refiero a aquellas leyes de las que trata el canon 18.

salizable» tendrá *rationabilis*. «Universalizable» quiere decir que la limitación de los derechos fundamentales no puede estar dirigida para unos fieles o grupos y no para otros. Si así ocurriera se estaría limitando unos derechos fundamentales con apoyo en razones opinables y no sustanciales. Digo «universalizable» y no universal, porque la limitación obedece siempre a circunstancias especiales y provisionales que pueden concurrir en un lugar y no en otro; «universalizable», por tanto, significa que cualquiera que se encuentre en esas circunstancias tendría la misma limitación en el ejercicio de los derechos fundamentales. Toda limitación que no sea universal para los que se encuentren en unas mismas circunstancias, carece de *rationabilis*, rompe la igualdad fundamental del fiel y, en consecuencia, prevalecerían las normas-derechos fundamentales y no las leyes que limitan los derechos.

Cuando sea difícil percibir cuál es la situación más justa, dada la validez y vigencia de los *iura personarum* y los *iura fidelium*, el principio *in dubio pro fidele* autoriza la legítima observancia por los fieles de la *lex rationabilior* (las normas-derechos fundamentales) y su aplicación por los tribunales en caso de controversia. Es el caso, por ejemplo, de la contradicción entre el canon 239 § 2 y el canon 246 § 4 sobre la libertad del seminarista para elegir a su director espiritual, donde la *lex rationabilior* es aquella que más y mejor garantiza el derecho del fiel (*in dubio, pro fidele*). La idea de fondo, original en su formulación, es la que Benedicto XVI resaltó en el discurso pronunciado con motivo del XXV aniversario de la promulgación del Código de 1983: «el derecho canónico como ley del más débil»¹⁰⁵, coincidiendo así con una idea apreciada por destacados teóricos del derecho, como por ejemplo Ferrajoli¹⁰⁶. Así, este principio es un reflejo de la pretensión de todo derecho: se favorece siempre el derecho de la persona o del fiel.

Consideradas como normas tanto las leyes que formalizan los derechos fundamentales del fiel como las leyes que los limitan, y dado que no es posible que esos derechos se puedan derogar, el principio *lex posterior derogat priorem* no resulta aplicable aquí. Se hace necesario conciliar ambas normas, y a ello sirve el principio *in dubio pro fidele* haciendo prevalecer la *lex rationabilior*. Es preciso recordar que el conflicto de leyes no se reduce a una duda sobre el

¹⁰⁵ El derecho canónico es «para tutelar los delicados intereses de las cosas de Dios, y para proteger los *derechos de los más débiles*, de los que no cuentan con otras fuerzas, pero también en defensa de los delicados “*bienes*” que todos los fieles han recibido gratuitamente –ante todo el don de la fe, de la gracia de Dios– y que en la Iglesia no pueden quedar sin la adecuada protección por parte del Derecho» (BENEDICTO XVI, *Discurso al Congreso con ocasión del 25.º aniversario de la promulgación del Código de Derecho Canónico*, 25 de enero de 2008).

¹⁰⁶ Cf. FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4.ª ed., Trotta, Madrid, 2009, p. 316.

lenguaje de las normas, sino que se trata de un conflicto entre diversas ordenaciones de la realidad social; el principio *lex rationabilior* postula la aplicación de la ordenación más razonable.

6.5 Técnica quinta: el principio *favor libertatis*

Si el principio *favor iuris* hacía referencia a la dimensión jurídica de la realidad humana, el principio *favor libertatis* se refiere al desenvolvimiento de esa dimensión jurídica, concretada en los *ipsae res iustae*, mediante su libre ejercicio. El canon 18 contiene alguna referencia implícita a este principio, aunque aquí nos estamos situando en una posición anterior y más alta¹⁰⁷. Porque los derechos se tienen, su ejercicio es una exigencia natural de justicia: no es permitido el ejercicio sino reconocido y regulado por el sistema normativo. Aquí aparecen las clásicas capacidad jurídica y capacidad de obrar, ejemplos de una buena y compleja síntesis entre *rationabilitas* y técnica. Resulta obvio que, si el derecho es parte de la realidad del fiel, su ejercicio también. Es precisamente aquí donde surge la distinción entre derecho objetivo (entiéndase como derecho real, de la realidad humana, *ipsa res iusta*) y derecho subjetivo (entiéndase como facultad otorgada por las leyes). La admisión del derecho subjetivo no es el problema, pero la sustitución del primero por el segundo sí. Es un paso que hace el *iusvoluntarismo*: reducir la realidad a facultad y dejar en suspenso el ejercicio del derecho a la espera de la habilitación que realice la autoridad con la función legislativa¹⁰⁸. Las reticencias para aceptar el principio *lex rationabilior* se sitúan en este punto: en la exclusiva consideración del *ius* como facultad concedida por las leyes (derecho subjetivo)¹⁰⁹. Es importante no perder de vista la hegemonía de los derechos fundamentales del fiel en el sistema normativo, teniendo en cuenta lo dicho con anterioridad: los derechos fundamentales son la formalización más transparente de los *iura* o *ipsae res iustae*,

¹⁰⁷ Si la ley es antes que nada *ratio iuris*, la limitación solo puede concebirse como afirmación del derecho. En consecuencia, es clara la excepcionalidad de la limitación de un derecho.

¹⁰⁸ Cf. CARPINTERO BENÍTEZ, FRANCISCO, *Historia del derecho natural. Un ensayo*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D. F., 1999, p. 167; cf. VILLEY, Michel, *El derecho y los derechos del hombre*, Marcial Pons, Madrid, 2019, p. 121.

¹⁰⁹ El derecho subjetivo como facultad entró en el derecho canónico por Francisco de Vitoria, vía una contradicción interna en su doctrina que atribuye a Tomás de Aquino (cf. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El derecho como facultad en la neoescolástica española del siglo XVI*, Iustel, Madrid 2009, 33-42). De Vitoria concluye que «cualquiera que tiene una facultad según las leyes, tiene derecho» o que «lo justo es lo mismo que lo permitido por las leyes» (*De iustitia*, q. 62, a. 1, n. 5). Todo esto lo considera fundamentado en Tomás de Aquino (cf. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El derecho como facultad en la neoescolástica española del siglo XVI*, Iustel, Madrid 2009, 39).

de la dimensión jurídica del fiel, auténtico derecho canónico válido y vigente (subsistente, en palabras de Rosmini).

Las leyes, por tanto, no pueden introducir mecanismos de «permisos» para ejercer los derechos, porque eso sería admitir la prevalencia del derecho subjetivo sobre la realidad, vaciarlo de contenido y reducir la realidad a mera facultad. Los «permisos» para ejercer los derechos son propios de sistemas jurídicos voluntaristas e implican una desconfianza en la inherente bondad de la realidad¹¹⁰. Por ejemplo, piénsese en el excesivo control prematrimonial que algunos han querido imponer para poder contraer matrimonio, o la verificación de la existencia de fe para poder casarse. Lo mismo entiéndase del resto de los derechos fundamentales del fiel: las excesivas trabas para el ejercicio de los derechos estarían injustificadas, y ocasionaría que la ley que las impone cedería ante la ley que formaliza el derecho fundamental¹¹¹. El *iusvoluntarismo* concibe el sistema normativo como mera reglamentación e instrumento al servicio de un programa ideológico de acción al que no hay lugar en la Iglesia¹¹².

6.6 Técnica sexta: el principio de subsidiariedad normativa

Es evidente que sin respeto a la realidad humana ni a la naturaleza de las cosas no hay *rationabilitas*, ni por tanto *lex rationabilis*¹¹³. Pero dicho esto,

¹¹⁰ La clásica distinción del contenido de las normas en mandar, prohibir, permitir y castigar debe ser bien entendida, sobre todo en aquel elemento que más dificultades ofrece: el de permitir. Este ha de ser visto desde el paso de una conducta que es prohibida a estar permitida. Es erróneo comprender la conducta permitida como un aspecto que trata de agotar todas las posibilidades en los enunciados normativos, como si el derecho empezara en la norma, y las conductas humanas no tuvieran relevancia jurídica si no hay una ley que prevea la conducta en cuestión.

¹¹¹ Aunque no se trata de un conflicto de leyes, es interesante al respecto una Sentencia del STSA, declarando ilegítimos los decretos del obispo que restringían el ejercicio de las facultades de un sacerdote que había sido absuelto civil y canónicamente de la denuncia de un delito contra el sexto mandamiento del Decálogo, amparándose en la falta de proporcionalidad de las restricciones, y por tanto, en la carencia de racionalidad de la decisión de la autoridad (cf. RODRÍGUEZ-OCAÑA, Rafael, «El control judicial del principio de proporcionalidad en los actos administrativos», *Ius Canonicum*, 60 (2020), pp. 853-854).

¹¹² Aunque referido al ámbito administrativo, puede tenerse en cuenta la siguiente apreciación de Miras: «Efectivamente, la dimensión jurídica de la Iglesia es intrínseca y, por tanto, establecer el derecho de la Iglesia no consiste en idear caprichosamente reglamentaciones, o en construir, a impulsos de un prurito ordenancista, minuciosas superestructuras; sino más bien en sacar a la luz, valorar y conceptualizar jurídicamente los elementos, principios y exigencias de justicia que se hallan realmente implicados en su propio ser» (MIRAS, Jorge, «Sentido ministerial de la potestad de gobierno y tutela jurídica en el derecho administrativo canónico», *Fidelium Iura*, 7 (1997), pp. 33-34).

¹¹³ Los sistemas relativistas en sentido fuerte (negación de la conexión entre derecho y moral) y en sentido débil (objetivismo moral en el derecho) no alcanzan este nivel de fundamentación.

dadas unas leyes con *rationabilitas*, es preciso seguir buscando criterios que permitan la prevalencia de la *lex rationabilior*. Esta es la finalidad del principio de «subsidiariedad normativa», que se corresponde con un aspecto de la dimensión jurídica del principio de subsidiariedad (como exigencia general del derecho natural). Es un principio fundamental en la doctrina social. En la medida en que existen implicaciones jurídicas, tiene perfecta vigencia en el ámbito canónico, toda vez que es una propuesta clásica que la Iglesia ofrece a los poderes de todas las sociedades, empezando lógicamente por ella misma en cuanto es coherente con el *mysterium Ecclesiae*¹¹⁴. Podríamos decir que es un principio del ordenamiento canónico en general y del sistema normativo en particular que, por eso mismo, reclama una exigencia de *rationabilitas* en las leyes.

El principio de subsidiariedad es enunciado así por el mismo Compendio: «A la subsidiariedad entendida *en* «sentido positivo», como ayuda económica, institucional, legislativa, ofrecida a las entidades sociales más pequeñas, corresponde una serie de «implicaciones en negativo», que imponen al Estado abstenerse de cuanto restringiría, de hecho, el espacio vital de las células menores y esenciales de la sociedad. Su iniciativa, libertad y responsabilidad, no deben ser suplantadas»¹¹⁵. En primer lugar, no cabe en la Iglesia establecer aquella distinción básica entre comunidad política y sociedad civil que acaba formando parte del fundamento del principio de subsidiariedad: la sociedad estatal es subsidiaria con respecto a la sociedad civil. El motivo por el que cabe en un ámbito y no en el otro es este: el bien común secular viene definido por su apertura porque no es un fin último de la persona, a diferencia del *bonum commune ecclesiale*¹¹⁶. El fundamento del principio de subsidiariedad se halla en la irrepetibilidad de cada persona y en su misión (*Evangelii Gaudium*, n. 273). Admitido que cada fiel está llamado a ocupar una situación activa en la misión de la Iglesia, es normal que su persona y libertad puedan llevar a cabo esa misión según los talentos¹¹⁷ y carismas recibidos. En tanto que la libertad es siem-

¹¹⁴ «De este modo el principio de subsidiariedad manifestaría una dimensión antropológica con validez universal, aplicable a la vida de cualquier sociedad, a las relaciones entre individuos y comunidades, y entre comunidades menores y mayores, no necesariamente dependiente de las diferencias específicas entre las sociedades, ni de la organización democrática del poder como consecuencia de la soberanía popular» (VIANA, Antonio, «El principio de subsidiariedad en el gobierno de la Iglesia», *Ius Canonicum*, 38 (1998), p. 154).

¹¹⁵ *Compendio de la Doctrina social de la Iglesia*, n. 186.

¹¹⁶ Este tema no ha sido superado por la ciencia canónica como sí lo han hecho la filosofía y la teología; el Concilio Vaticano II, sin querer entrar en debates teológicos, reafirmó en varios lugares la existencia de un solo fin último del hombre: el sobrenatural.

¹¹⁷ Las exigencias de justicia que conllevan los talentos son implantables en la actualidad; esto no significa que no sigan siendo injusticias. Es básicamente cierto que los que mandan tienen que ser los mejores, asumiendo este término un complejo contenido en la Iglesia.

pre una libertad compartida¹¹⁸, la organización social cuenta con ella, siendo condición previa de su posibilidad.

Como existe una esencial *conspiratio in unum* en la Iglesia, cada fiel concurrirá con otros por múltiples y variados vínculos. Esto tiene una concreción clara en el ámbito que estamos analizando de la *lex rationabilior*: es más razonable dejar una cierta organización a los cuerpos intermedios en aquellos asuntos en que es posible que concentrarlo todo en los más altos. El ejercicio de la autoridad en esos supuestos viene trasladado a tareas de vigilancia, promoción o desarrollo; este es el sentido del canon 323¹¹⁹. El *ius o ipsa res iusta* es intrínsecamente razonable, como lo es su ejercicio acorde con las circunstancias. Así, el ejercicio del derecho de asociación en la Iglesia (cc. 215 y 299 § 1) desencadena una realidad asociativa –asentada en ocasiones en los carismas–. En la medida en que ejerce un efecto multiplicador de la libertad de cara a la misión de la Iglesia –los fieles concurren para sacar adelante una misión que por separado no podrían–, el principio de subsidiariedad normativa postula la razonable existencia de normas en las organizaciones inferiores y la preferencia de estas con respecto a una excesiva regulación uniformadora en aspectos opinables. La dimensión normativa de los cuerpos inferiores viene ejercida a través de los estatutos, aplicables solo a los interesados.

Aquí nos encontramos con tres rangos normativos: la norma del derecho fundamental de asociación (cc. 215 y 299 § 1), la ley ordinaria que regula el ejercicio de ese derecho (cc. 298-329) y los estatutos (cc. 94-95, 304 § 1). Como el derecho de autorregulación normativa (*ius statuendi*) es un aspecto esencial del derecho de asociación¹²⁰, la cuestión sobre la *lex rationabilior* se plantea en torno a la norma-derecho fundamental de asociación y a la ley que lo regula. Aquí puede verse, por ejemplo, la necesidad de esclarecer el contenido de los derechos fundamentales para hacer patente la *rationabilitas* de la norma-derecho fundamental de asociación, de modo que puedan verse los límites que esa norma impone a la ley ordinaria. Como dije, está pendiente esta tarea y corresponde acometerlo a los constitucionalistas.

¹¹⁸ BENEDICTO XVI, *Lectio divina en el Pontificio Seminario Romano Mayor*, en https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/speeches/2009/february/documents/hf_benxvi_spe_20090220_seminario-maggiore.html.

¹¹⁹ Canon 323: «§ 1. Aunque las asociaciones privadas de fieles tengan autonomía conforme a la norma del c. 321, están sometidas a la vigilancia de la autoridad eclesiástica según el c. 305, y asimismo al régimen de dicha autoridad. § 2. Corresponde también a esa autoridad eclesiástica, respetando la autonomía propia de las asociaciones privadas, vigilar y procurar que se evite la dispersión de fuerzas, y que el ejercicio del apostolado se ordene al bien común».

¹²⁰ Hervada prefiere hablar de derechos fundamentales de las comunidades menores, entre los que se encuentra el *ius statuendi* (cf. HERVADA, Javier, *Elementos de Derecho constitucional canónico*, 3.ª ed., Eunsa, Pamplona, 2014, pp. 149-150).

¿De qué modo se articula la técnica de la subsidiariedad normativa? Todo aquello que los estatutos puedan decidir no debe ser regulado ni prohibido por el legislador¹²¹. Recortar los temas que puedan tratar los estatutos es un camino opuesto a la mayor *rationabilitas*, en tanto que la uniformidad no respeta la diversidad de la realidad, garantizada en todo caso por la labor de vigilancia que corresponde a la autoridad¹²². A este respecto, Pablo VI afirmaba que la necesidad del Derecho en la Iglesia no se explica solo «por mero ejercicio de autoridad, sino precisamente para la tutela y la libertad sea de los entes morales, sea de las personas físicas que componen la Iglesia misma»¹²³. La regulación codicial de las asociaciones privadas refleja un evidente progreso acorde con la centralidad de los derechos de los fieles y denota una exquisita aplicación del principio de subsidiariedad normativa en la Iglesia. En otro orden de cosas, en parte y solo en parte, en este mismo principio –junto al anterior de jerarquía normativa– se apoyan las relaciones entre la legislación universal y la particular¹²⁴; según el canon 20, la ley universal no deroga el derecho particular sino se establece otra cosa.

6.7 Técnica séptima: el principio de presunción de inocencia en la norma

Este principio es clásico en el ámbito penal. Comporta dos criterios para determinar la *lex rationabilior*: 1) es menos razonable la ley de carácter disciplinar que establece una disposición general motivada por las infracciones, siempre particulares; esta ley se basaría en una presunción de culpabilidad extendida a todos los destinatarios, hayan sido o no previamente infractores; se consideraría un modo de ser del fiel, de entrada y en general, como ilegal, criminalizando a un tipo de bautizado al margen de los hechos concretos¹²⁵; 2) no

¹²¹ *Compendio de la Doctrina social de la Iglesia*, n. 187: «Con el principio de subsidiariedad contrastan las formas de centralización».

¹²² *Compendio de la Doctrina social de la Iglesia*, n. 186: «tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo a una sociedad mayor y más elevada».

¹²³ PABLO VI, *Solemne conmemoración del 50.º aniversario del Código de 1917*, citado en LOMBARDÍA, Pedro, «Técnica jurídica del nuevo código (una primera aproximación al tema)», en *Escritos de Derecho canónico y de Derecho eclesiástico del Estado*, V, Eunsa, Pamplona, 1991, p. 210.

¹²⁴ Cf. OTADUY, Javier, *La prevalencia y el respeto: principios de relación entre la norma universal y la particular*, en *Fuentes, interpretación, personas*, Navarra Gráfica, Pamplona 2002, p. 115).

¹²⁵ Más que una ley en concreto, este modo de legislar carece de toda *rationabilitas*; el llamado *derecho penal de autor* es inadmisibles en todo ordenamiento.

se pueden imponer penas con una ley general sino con una sentencia, una vez que haya alcanzado el grado de firmeza.

Podríamos hacernos la siguiente pregunta: ¿no limita este principio la potestad de la función legislativa para establecer el orden justo en la Iglesia que considere oportuno? Evidentemente no, porque no hay orden justo posible con presunción de culpabilidad. Es más, el principio de inocencia normativa es un límite al poder de la autoridad que la civilización jurídica ha hecho evidente. Al contrario, cualquier situación de injusticia o de infracción reclama una organización procesal adecuada: es aquí donde debe aportarse toda la energía organizadora de la función legislativa, dando entrada así a la función judicial. Este principio ha sido recogido con su formulación clásica en la nueva reforma del derecho penal (c. 1321 § 1). Nadie dudaba de su vigencia aunque no estuviera codificado. No obstante, es recomendable recordar este aspecto normativo del principio de inocencia perteneciente al *ius divinum*, en el que la nueva reforma penal avanza tímidamente.

7. COROLARIO DE LAS TÉCNICAS: RATIONABILITAS «EN ACCIÓN»

La *rationabilitas* «en acción» designa el resultado al que conduce la aplicación de las técnicas anteriores. En este sentido, es una técnica de cierre del sistema: sostiene a las técnicas anteriores y permanece en ausencia de todas ellas o donde no llegan. Este principio significa que la justicia material o sustancial no resulta diferida ni condicionada por la ley formal. Dicho de otro modo: es la vigencia del *ius divinum* de origen divino natural y positivo. Un ejemplo claro puede verse en el canon 22 con motivo del régimen sobre la canonización de las leyes civiles: no caben las contrarias al derecho divino ni al *nervus ecclesiasticae disciplinae*; esas leyes no se incorporan al ordenamiento canónico desde el primer instante de su oposición, y en virtud de su sola oposición, sin que se sea necesaria una declaración formal de la autoridad eclesiástica al respecto. Otro ejemplo es la relevancia directa que la incapacidad natural tiene *in actu* en el ordenamiento canónico.

Para explicar qué significa la *rationabilitas* «en acción» es útil, por contraste, mencionar el objetivo al que, a mi juicio, aspira todo sistema normativo, y ver cómo lo resuelve el actual y corregido positivismo jurídico, representado por autores de la talla de Ferrajoli en Italia y de Prieto Sanchís en España. El objetivo puede exponerse con el siguiente *iter*: 1) las constituciones están materializadas, es decir, han positivizado aspectos de la justicia material o sustancial; 2) se admite que la justicia material o sustancial es deseable y debe ten-

derse a ella; 3) la eficacia jurídica de la justicia material no es dissociable de la ley; 4) la justicia material, en manos de la doctrina, se configura como una instancia crítica de la legalidad vigente para transformarla; 5) la justicia material está suspendida o diferida hasta que no sea positivizada; 6) es inviable una justicia material «en acción», pues la incerteza jurídica haría disminuir la misma justicia material porque favorecería la arbitrariedad judicial. No obstante, la teoría del derecho (tanto de cuño positivista como moralista, ambas relativistas) en tanto que admite que pueda haber leyes injustas vigentes, que la realidad no tiene exigencias de justicia, que la justicia formal prevalece en el presente y que la autoridad otorga campos de libertad para actuar legítimamente (derechos subjetivos), ve el derecho como *formalismo* «en acción»; por todo ello puede ser definido como *iusvoluntarista*. En este sentido, es una concepción bastante tradicional del derecho.

El realismo escandinavo¹²⁶ se reveló contra el *paleopositivismo* proponiendo el «derecho en acción»¹²⁷. Así lo calificó Alf Ross. El autor entiende aquí «derecho» como sinónimo de «ley»; por tanto, derecho «en acción» significa ley «en acción». El contenido de la ley no aparece tanto reflejado en la letra como destilado en los hechos; la modificación de los hechos asumidos como relevantes por el tribunal supone un cambio legislativo, de modo que la efectividad social marca la vigencia de las normas. Lo que proponía Ross era trasladar el ámbito de decisión al juez, que aplicaría las normas conformadas por los hechos. Me resulta menos sensato este planteamiento porque remite el mismo poder del legislador (uno o dos o tres) al juez (cientos o miles) sin reconducirlo a la realidad. Además, al detenerse «solo» en los hechos, introduce en el derecho la limitada y parcial perspectiva tanto de la filosofía empirista como de la fenomenología al reducir la realidad a facticidad: los hechos ya no determinan únicamente la eficacia de una norma sino su misma validez y vigencia¹²⁸. En cualquier caso, la superación del positivismo antiguo ha abierto una reflexión interesante que, a mi entender, mejora la situación anterior, espoleada por la experiencia jurídica de la segunda guerra mundial. Sin embargo, considero que ambos sistemas, el mejorado positivismo actual y el realismo escandinavo, adolecen del mismo problema: aunque lo intentan, no logran superar el *iusvoluntarismo*, porque la decisión justa descansa al final en una autoridad —el parlamento o el juez— que no está sometida a la «verdad del derecho» como dimensión real de la persona y de las cosas, a pesar de que

¹²⁶ Es un «realismo» que no tiene nada que ver con el realismo jurídico clásico o *iusrealismo*.

¹²⁷ Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 3.ª ed., Eudeba, Buenos Aires, 2011, p. 99.

¹²⁸ Cf. *Ibidem*, p. 65. Así se construye la categoría de «orden público», expresión máxima de la justicia material en un Estado constitucional de Derecho de ámbito occidental.

existen intentos vacíos de basar la decisión en algún tipo de racionalidad práctica *sui generis*, pues nunca la conectan con la racionalidad teórica¹²⁹, sino con la moral social y el relativismo.

En todo caso, he tomado de Ross la expresión para reformularla como *rationabilitas* «en acción». Ese añadido, «en acción», revela la noble aspiración a la justicia que se percibe en tantas propuestas del siglo XX y XXI. En concreto, en el ámbito canónico, con la *rationabilitas* «en acción» se quiere subrayar que la dimensión jurídica de la realidad personal de los fieles es por sí misma válida y vigente, llamada *ius divinum*, o mejor *iura* de origen divino natural o *iura* de origen divino positivo. Como el *ius divinum* está vigente es una *rationabilitas* «en acción». Si no está vigente, incurrimos en el sistema de la *canonizatio* del maestro Del Giudice. Y si está vigente, la interpretación se amplía y se anticipa al campo del ejercicio de los *iura* de los que son titulares las personas y los fieles, de modo que la decisión judicial pueda después examinar en el proceso correspondiente, si la conducta de la persona y del fiel fue o no conforme a derecho (incluyendo aquí la titularidad de los derechos y su capacidad para ejercerlos). Por lo tanto, este principio rechaza que se paralice el ejercicio de los derechos hasta que no sea activado o permitido por una ley. Esto me parece claro, además, por la escasa presencia de la función judicial que ensombrece la vida jurídica de la Iglesia: sería un ejercicio puramente retórico proponer que se ha de esperar a la sentencia firme dado el escaso desarrollo del sistema procesal en las últimas décadas, pendiente de la reforma sugerida por los *Principia directiva* (n. 6 y 7). Eso supondría, parafraseando a Dworkin, no tomarse los «derechos en serio»¹³⁰.

El limitado contexto en que se mueve la teoría del derecho, a pesar de su notable progreso en los últimos años, es el que tratan de rebasar las técnicas que hemos visto. La ciencia canónica, en el paradigma codificadorio, se ha visto parcialmente sumergida en este planteamiento. El derecho canónico, en mi opinión, lleva el derecho más allá, aportando cuatro elementos fundamentales: 1) la dimensión jurídica de la realidad (*iura personarum* y *fidelium*), y no la moral ni la justicia material estatal, es el punto de referencia para la validez de la norma (*rationabilitas*): es el carácter objetivo y previo de los derechos subjetivos; 2) la libertad y el ejercicio de los derechos emergen cuando se ha tomado conciencia de ellos (positivación) y no de la publicación en un boletín oficial: es la vigencia del *ius divinum*; 3) la ley es esencial como

¹²⁹ Quizá sea Alexy quien más influencia ha tenido para que la teoría del derecho transite por este nuevo camino.

¹³⁰ Corresponde al título de su obra más conocida: DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, 2.ª ed., Ariel, Barcelona, 1989.

segunda (formalización): es la centralidad de la persona y del fiel con sus derechos los que dan forma a un ordenamiento; 4) la síntesis entre justicia material y técnica. De aquí emerge el derecho canónico como iusrealista y ley de libertad. Creo que las cuatro características enunciadas constituyen el núcleo de las dos intervenciones de Benedicto XVI sobre esta cuestión aplicadas al ámbito canónico¹³¹.

8. CONCLUSIÓN

La *rationabilitas* es el elemento esencial de la norma, si bien no excluyente de otros requisitos necesarios, como la autoridad. La primera consecuencia es la afirmación sin sobresaltos del clásico principio *lex iniusta non est lex*. La segunda es la hegemonía del principio de prevalencia de la *lex rationabilior* cuando concurren varias normas en un caso. La síntesis entre tradición canónica y técnica que Lombardía proponía como idiosincrasia del Código de 1983 y tarea de la ciencia en la Parte general quiere decir que la ley canónica requiere siempre de la técnica, donde el criterio formal está al servicio de la *rationabilitas* para canalizarla sin sustituirla ni paralizarla. La hegemonía del criterio material o sustancial sobre el formal no desdeña la técnica sino que la purifica. El principio *lex rationabilior* incluye una serie de técnicas que estructuran la preferencia por la mayor *rationabilitas* cuando concurren varias normas aplicables a un mismo supuesto: jerarquía normativa, *lex specialis, favor iuris, in dubio pro fidele, favor libertatis*, subsidiariedad normativa, presunción de inocencia normativa, *rationabilitas* en acción. Todos estos principios técnicos, que de un modo u otro forman parte del ordenamiento canónico, permiten seleccionar la *lex rationabilior*, de modo que la racionalidad no quede reducida a impedir leyes absolutamente injustas –es difícil que puedan existir–. Así se logra avanzar en la síntesis entre *rationabilitas* y técnica.

Además, el principio *lex rationabilior* postula la recuperación de la dignidad de la ley, la revitalización de la función judicial y la ampliación del ámbito de interpretación.

La propuesta del principio de prevalencia de la *lex rationabilior* pretende precisamente *dignificar la ley*: no absolutizarla, convirtiéndola en soberana de la justicia, ni despreciarla mediante su sustitución por los principios generales

¹³¹ BENEDICTO XVI, *Discurso al Congreso con ocasión del 25.º aniversario de la promulgación del Código de Derecho Canónico*, 25 de enero de 2008; BENEDICTO XVI, *Discurso a la Rota Romana*, 21 de enero de 2012.

del derecho¹³². Recuperarla quiere decir detectar su esencia en la *rationabilitas* y darle una cobertura técnica. Recuperar la ley quiere decir que la técnica se convierta en «comadrona de la justicia» y no en sustituta de la dimensión jurídica del fiel. Me parece que las propuestas de la teoría del derecho distinguiendo dentro de las normas entre principios y reglas son insuficientes por fundamentarse en una moral pública y relativista, y resultan superadas por la propuesta de acudir a la realidad y su verdad.

Lo dicho requiere la existencia y «vitalidad de la función judicial», a la que no se le debe reconocer capacidad de crear derecho, en mi opinión¹³³. Las tres funciones de la potestad —y la versión estatal de los tres poderes— no son una simple cuestión sistemática, sino que responden a tres tipos distintos de servicio y de decisiones. Hay tres funciones porque la justicia requiere de tres ámbitos diferentes pero relacionados, los realicen diferentes órganos (Estados) o el mismo oficio (el Romano Pontífice o el Obispo, por ejemplo). Es decir, la ley es una fase, imprescindible e importante en el proceso de llegar a lo justo. Como la ley es general y abstracta, no puede realizar lo justo en toda su extensión porque lo justo comparece en lo concreto e histórico. «La ley no es la realización del derecho sino la regulación del derecho»; en este sentido, es un servicio imprescindible a lo justo. La realización del derecho es el punto de llegada y puede tener lugar mediante el ejercicio libre de los derechos de modo espontáneo y pacífico o en el contexto de una controversia judicial¹³⁴.

Ha existido en la Iglesia una organización previa de su sistema jurídico que permitía precisamente una especial atención a la justicia del caso concreto. Por eso la revitalización plantea recuperar la función judicial, sin que esto signifique abogar por el modelo jurisprudencial que caracterizó la tra-

¹³² Cf. BERLINGÒ, Salvatore, *Nel silenzio del diritto. risonanze canonistiche*, il Mulino, Bologna, 2015, p. 123.

¹³³ Pree permite esta opción en algunos casos (cf. PREE, Helmuth, «Le tecniche canoniche di fressilizzazione del diritto: possibilità e limiti ecclesiali di impiego», *Ius Ecclesiae*, 12 (2000), p. 399); también Berlingò (cf. BERLINGÒ, Salvatore, *Nel silenzio del diritto. risonanze canonistiche*, il Mulino, Bologna, 2015, p. 128). Creo que el juez no tiene la misión de crear derecho, sino de aplicar toda la realidad jurídica vigente, teniendo claro que vigente está la dimensión jurídica de la realidad a la que el legislador y el juez están obligados. Regular un derecho, es decir, establecer normas generales, es competencia del legislador. Así resume Otaduy una constante en la historia del derecho canónico: «No se considera nunca equitativo por parte de un juez ir contra la ley, porque la ley es *aequitas scripta*» [OTADUY, Javier, «Dulcor misericordiae. Justicia y misericordia en el ejercicio de la autoridad canónica. I. Historia», *Ius Canonicum*, 56 (2016), p. 615]. Sin embargo, la cuestión es la complejidad interna dentro del ordenamiento, desde el momento en que se han formalizado los derechos fundamentales.

¹³⁴ Cf. ERRÁZURIZ M., Carlos José, *Il diritto e la giustizia nella Chiesa. Per una teoria fondamentale del diritto canonico*, 2.^a ed., Giuffrè, Milano, 2020, p. 234.

dición canónica. Revitalizar quiere decir que no se agoste la función judicial en la Iglesia, como no lo está en toda sociedad civilizada. El notable desarrollo de la teoría de la norma en el mundo jurídico no puede ser desoído; ha sido un progreso en muchos aspectos. No obstante, necesita una revisión crítica de aquellos postulados que impiden o niegan la conexión entre la norma y la realidad: la norma sustituye la realidad, la norma es la realidad. Aquí se halla un gran campo de diálogo con los juristas, sobre todo con los teóricos del derecho, cada vez más sensibles al papel de la justicia material o sustancial en el derecho positivo a través de las constituciones o del derecho internacional.

Situados en el ámbito de la función judicial, reclamada en caso de controversia, la sentencia «dará a cada uno su derecho» (lo justo). De este modo se restablece la justicia en el caso concreto. Desde aquí puede comprenderse por qué es una anomalía en la Iglesia la ausencia de la función judicial: quedaría pendiente la resolución de un conflicto y por lo tanto se generaría incerteza jurídica en el más alto sentido de la palabra: injusticia no subsanada, entendida como injusticia real o sustancial y no solo como injusticia legal. Peor sería aún que esa injusticia tratara de ser suplida con el dictado de leyes disciplinares con las que se criminalizara a toda una sociedad o grupo dentro de ella: sería implantar la presunción general de culpabilidad y, con ello, multiplicar la injusticia. Por tanto, en la realización de la justicia en el caso concreto, la función judicial es insustituible por la función legislativa. Con esto no se trata de reclamar para la función judicial la facultad de crear derecho como propugnan algunos neoconstitucionalistas, sino de subrayar que la justicia del caso concreto no puede ser satisfecha desde la generalidad de la norma. Es decir, hacen falta dos acercamientos distintos y complementarios a la realidad del derecho: el legal y el judicial.

Una cierta judicialización de la vida de la Iglesia es recomendable, además, por los dos motivos siguientes de largo alcance: 1) para «purificar y elevar» el nivel de sensibilidad en torno a la justicia en la sociedad eclesial: cuando se reconoce y atribuye el derecho a quien le corresponde, todos los titulares y los obligados respectivos toman mayor conciencia; 2) para *civilizar* el dar a cada uno lo suyo en caso de controversia (es mejor no tomarse la justicia por su mano ni vivir con desconfianza al derecho). La ausencia de la función judicial es una manifestación de falta de *communio* en contra de lo que pudiera parecer en un primer momento, no exento de ingenuo romanticismo y deplorable arbitrariedad¹³⁵. No se puede actualmente

¹³⁵ No depende principalmente la eficacia de los derechos fundamentales de su reclamación jurisdiccional, pero ayuda (cf. OTADUY, Javier, «Derechos de los fieles (1980-2000)», en *Fuentes, interpretación, personas*, Navarra Gráfica, Pamplona, 2002, pp. 483-484).

elaborar una teoría general de la norma en el derecho canónico al margen de esta situación anómala, calificada en todo caso como «provisional», aunque se haya alargado más de un siglo. En tanto que esta tarea es competencia del legislador, su omisión no puede ser un motivo que justifique un sistema normativo basado en el *iusvoluntarismo*: mientras no exista un adecuado sistema de tutela de los derechos de los fieles, la *rationabilitas* «en acción» es una consecuencia necesaria y la única alternativa sensata, la que más justicia logra alcanzar. Sigue pendiente la audaz reforma apuntada en los *Principia directiva* 6.º y 7.º

Esta opción por la *rationabilitas* «en acción» no está solo justificada por el estado en que se halla la función judicial en las últimas décadas, sino que viene fundamentada por la consideración del *ius* de origen divino natural y positivo (*ius divinum*) como derecho válido y vigente. Si se acepta que «el fiel es el derecho canónico subsistente», viene exigida una interpretación de los *iura personarum* o *fideliium* por el titular, estén o no formalizados en textos legislativos (se contengan o no como derechos fundamentales del fiel). Es decir, existe una *doble interpretación*: una primera interpretación del *ius* o *ipsa res iusta* (dimensión jurídica de la persona y del fiel) y, dependiente de esta, la interpretación de la norma concebida como *regula iuris*. Igualmente existe un doble momento de la primera interpretación: por el titular y por el tribunal. Es precisamente este modo de entender la interpretación el que permite responder con sentido común a las siguientes preguntas: durante la pandemia, ¿fue *injusta* la apertura del templo por parte de un párroco en contra del decreto del obispo?; ¿fue *injusta* la conducta de un feligrés que decidió recibir la Comunión en el templo abierto cuando debía estar cerrado? Si no lo fue, ¿tiene sentido mantener que fue «ilegal» o «ilegítima»? Si fue ilegal, ¿puede asumirse en el derecho canónico un concepto de ley ajeno a la *rationabilitas*? Las respuestas a estas preguntas nos conducen a las dos alternativas posibles a las que se acaba reduciendo el concepto de derecho canónico del que participamos: *iusvoluntarismo* o *iusrealismo*. Pienso que la adopción del paradigma constitucional podría contribuir a superar la situación de anti-juridicidad o ajuridicidad que la canonística detecta en el ámbito eclesial desde la segunda mitad del siglo XX¹³⁶. La tendencia al desencanto y desconfianza en el derecho canónico podría ser paliado, en parte, si progresivamente se va percibiendo que los derechos de los fieles son protegidos y asegurados por la autoridad y no recortados.

¹³⁶ Cf. DEL POZZO, Massimo, «El concurso de la ciencia canónica en la realidad eclesial y en el saber jurídico universal», *Ius Canonicum*, 60 (2020), p. 507.