

# El privilegio en el contexto de los derechos de los fieles

Javier Canosa

SUMARIO: I. Introducción / II. Significados del término privilegio: su evolución histórica en el Derecho canónico / III. El concepto actual de privilegio en el Código de derecho canónico / 1. El privilegio no es una norma general / 2. El privilegio no es un acto administrativo, sino el contenido de un acto administrativo / IV. Caracteres específicos del privilegio / 1. En cuanto al autor / 2. En cuanto al elemento causal / V. Causas de extinción del privilegio / 1. Causas referidas a la permanencia temporal de los presupuestos jurídicos / 2. Causas de extinción del privilegio por decadencia de alguno de los presupuestos jurídicos / VI. Distintas concepciones del privilegio en la doctrina de los autores / 1. La posición de Sandro Gherro / 2. La opinión de Salvatore Berlingò y Eduardo Labandeira / 3. Autores que estudian la evolución de la figura conocida como "norma singular" / 4. Aproximación a la figura del privilegio a partir del rescripto-acto administrativo / VII. El rescripto como cauce para tutelar los derechos de los fieles en la concesión de privilegios / 1. Un primer presupuesto: la distinción de funciones sirve a la tutela de los derechos / 2. Un segundo presupuesto: la formalización de las decisiones de gobierno sirve a la tutela de los derechos / 3. El rescripto que contiene un privilegio / 4. La tutela de los derechos de los fieles a lo largo de las fases procedimentales del rescripto que contiene un privilegio / 5. La recuperación del privilegio gracias a su configuración como contenido del rescripto-acto administrativo / 6. La tutela adicional de los derechos de los fieles presente en la posibilidad de recurrir el rescripto que contiene un privilegio / VIII. Conclusión

## I. Introducción

La profundización en el estudio de los derechos de los fieles no puede desentenderse de la consideración de los instrumentos jurídicos previstos para su reconocimiento y tutela. Si bien es cierto que muchos de esos dispositivos e institutos han recibido cumplida atención por parte de la doctrina en su relación con la materia de los de-

rechos de los fieles, existen, sin embargo, algunas figuras tratadas ampliamente en sede de teoría general o con ocasión de coyunturas determinadas, que no han sido todavía estudiadas desde un enfoque que tenga en cuenta primordialmente los derechos de los fieles.

En tales casos, se ha valorado la legitimidad genérica de esos instrumentos pero no se ha llegado a evaluar hasta qué punto su uso adecuado puede comportar una mejora en el reconocimiento y en la protección de los derechos de los fieles. Y cabe preguntarse, entonces, si el conocimiento de tales medios resulta suficiente o si, por el contrario, corre el riesgo de reducirse a un bagaje ordenado de elementos de erudición que no llega a determinar una mejora del servicio que el instituto del que se trate puede prestar al Derecho canónico y, por tanto, a la Iglesia.

Al tratar del privilegio nos encontramos con una figura que se ajusta emblemáticamente a la descripción anterior. En efecto, el privilegio se muestra como instituto perteneciente con pleno título al acervo tradicional y jurídico de la Iglesia<sup>1</sup> que, sin embargo, no ha recibido el refrendo doctrinal que supone ser presentado también como garante de situaciones jurídicas subjetivas en la Iglesia.

A continuación me propongo ofrecer algunos elementos de reflexión que puedan servir para tal finalidad. La base de partida es la persuasión de que un mejor conocimiento del instrumental que ofrece el patrimonio jurídico canónico, en su relación con la tutela de las posiciones jurídicas, es uno de los medios adecuados para orientar el desarrollo y la operatividad de tales instrumentos hacia los fines de la Iglesia. En este contexto se tratará seguidamente del privilegio, para lo cual resulta preciso centrar la atención previamente en su concepto y, ante todo, en los distintos significados que ha recibido esta figura en diversos periodos históricos<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Se pueden encontrar numerosos testimonios de la pertenencia del privilegio a la tradición jurídica de la Iglesia en A. VAN HOVE, *De privilegiis. De dispensationibus, Mechliniae-Romae* 1939.

<sup>2</sup> De este tema se ha ocupado recientemente A. McCORMACK, *The term "privilege": a textual study of its meaning and use in the 1983 Code of canon law*, tesis doctoral leída en la Facultad de Derecho Canónico de la Pontificia Universidad Gregoriana, *totaliter edita*, Roma 1997.

## II. Significados del término privilegio: su evolución histórica en el Derecho canónico

Parece necesario contar con una premisa: el término *privilegio*, en su uso no canónico, connota frecuentemente la significación de *favor injusto*, es decir, de beneficio discriminatorio que atenta contra la igualdad entre los hombres<sup>3</sup>. Está claro que no es ése el significado que ha recibido y que recibe en el Derecho canónico<sup>4</sup>: quizá por esa misma razón se haga más conveniente una exposición preliminar acerca de la figura del privilegio en el Derecho de la Iglesia<sup>5</sup>.

Tanto en el Derecho canónico antiguo como en el vigente, el privilegio se ha considerado siempre un instrumento de *lo justo*, que no daña el bien común sino que lo promueve, a través del favor otorgado a un sujeto en atención a determinadas circunstancias singulares. A la vez, la noción técnica de privilegio como figura jurídica ha experimentado una evolución que permite señalar diferencias entre el concepto actual y el anterior al Código de 1983.

En el Decreto de Graciano se recogía la definición de privilegio transmitida por San Isidoro: "Privilegia sunt leges privatorum, quasi privatae leges" (D. 3. 3) . Con esta expresión se quería afirmar que el privilegio era una ventaja reservada para algunos ("privatorum") pero con un valor imperativo general ("leges"), en el sentido de que tales favores debían ser respetados por todos<sup>6</sup>. Esa definición era aplicable a dos tipos distintos de favores: los concedidos a ciertas comunidades

<sup>3</sup> De este problema se trató también durante una de las sesiones de trabajo que dieron lugar a los cánones sobre el privilegio del CIC de 1983: cfr. PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, COETUS STUDIORUM RECOGNOSCENDIS NORMIS GENERALIBUS, *Sessio II (diebus 13-17 novembris 1967 habita)*, en "Communicationes" 17 (1985), pp. 52-54.

<sup>4</sup> Entre otros autores, han precisado esta cuestión J. GAUDEMET, *Reflexions sur le livre I "De Normis Generalibus" du Code de Droit Canonique de 1983*, en "Revue de Droit Canonique" 34 (1984), pp. 81-117; I.C. IBÁN, *Reflexiones en torno al "Ius singulare"*, en AA. VV., *Dimensiones jurídicas del factor religioso. Estudios en homenaje al Profesor López Alarcón*, Murcia 1987, p. 250.

<sup>5</sup> Para la mencionada exposición sobre el privilegio me ciño, con levisimas modificaciones, al contenido de: J. MIRAS, J. CANOSA, E. BAURA, *Compendio de Derecho Administrativo Canónico*, Pamplona 2001, pp. 238-243.

<sup>6</sup> En sentido análogo a como se usa el término "ley", por ejemplo, en sede de testamento o contrato, cuando se afirma que las disposiciones contenidas en tales actos "hacen ley", es decir, poseen capacidad de obligar.

o a determinadas categorías de personas, a través de una norma general; y los otorgados a una persona física o jurídica determinada a través de un acto singular<sup>7</sup>.

El CIC 17 incluía en la primera categoría los privilegios para los clérigos<sup>8</sup>, cardenales (CIC 17, c. 239), abades (CIC 17, c. 625), canónigos (CIC 17, c. 407), religiosos (CIC 17, cc. 613-625), etc., contenidos en los propios cánones ("privilegia clausa in corpore iuris"): por ejemplo, el privilegio del fuero para los clérigos (en virtud del cual solo podían ser juzgados ante tribunales eclesiásticos, aunque hubieran cometido un delito civil)<sup>9</sup>. Junto a este tipo de privilegios establecidos en el Código, se regulaba el régimen jurídico de aquellos otros concedidos por rescripto (cc. 63-70 CIC 17<sup>10</sup>).

El primer tipo de privilegios —los contenidos en el mismo CIC 17 o en otras normas generales—, establecidos a través de una ley o

<sup>7</sup> Cfr. A.M. PUNZI NICOLÒ, *Privilegio (Diritto canonico)*, en AA. VV., *Enciclopedia del diritto*, vol. 35, Milano 1986, p. 775.

<sup>8</sup> Puede resultar ilustrativo recoger el texto de algunos de esos cánones del Código de Derecho Canónico de 1917, concretamente de la "Pars prima. De clericis", "Sectio I. De clericis in genere", título II: *De iuribus et privilegiis clericorum*: c. 118: "Soli clerici possunt potestatem sive ordinis sive iurisdictionis ecclesiasticae et beneficia ac pensiones ecclesiasticas obtinere"; c. 119: "Omnes fideles debent clericis, pro diversis eorum gradibus et muneribus, reverentiam seque sacrilegii delicto commaculant, si quando clericis realem iniuriam intulerint"; c. 121: "Clerici omnes a servitio militari, a muneribus et publicis civilibus officiis a statu clericali alienis immunes sunt"; c. 122: "Clericis qui creditoribus satisfacere coguntur, salva sint quae ad honestam sui sustentationem, prudenti ecclesiastici iudicis arbitrio, sunt necessaria, firma tamen eorumdem obligatione creditoribus quamprimum satisfaciendi".

<sup>9</sup> Código de Derecho Canónico de 1917, c. 120 § 1: "Clerici in omnibus causis si-ve contentiosis si-ve criminalibus apud iudicem ecclesiasticum conveniri debent, nisi aliter pro locis particularibus legitime provisum fuerit"; § 2: "Patres Cardinales, Legati Sedis Apostolicae, Episcopi etiam titulares, Abbates vel Praelati *nullius* supremi religionum iuris pontificii Superiores, Officiales maiores Romanae Curiae, ob negotia ad ipsorum munus pertinentia, apud iudicem laicum conveniri nequeunt sine venia Sedis Apostolicae; ceteri privilegio fori gaudentes, sine venia Ordinarii loci in quo causa peragitur; quam tamen licentiam Ordinarius, praesertim cum actor est laicus, ne denegat sine iusta et gravi causa, tum maxime cum controversiae inter partes componendae frustra operam dederit"; § 3: "Si nihilominus ab eo qui nullam praehabuerit veniam, conveniantur, possunt, ratione necessitatis, ad vitanda maiora mala comparere, certiore tamen facto Superiore a quo venia obtenta non fuit".

<sup>10</sup> Comprendidos en el título V, *De privilegiis*, cuyo primer canon, el 63, se expresaba así: § 1: "Privilegia acquiri possunt non solum per directam concessionem competentis auctoritatis et per communicationem, sed etiam per legitimam consuetudinem aut praescriptionem"; § 2: "Possessio centenaria vel immemorabilis inducit praesumptionem concessi privilegii".

una costumbre, tenían rango de ley, aunque se consideraban leyes especiales. Los privilegios del segundo tipo, concedidos mediante un acto peculiar de la autoridad, también eran considerados leyes especiales si la autoridad concedente era el Papa.

Así se puso de manifiesto en una sentencia de la sección segunda de la Signatura Apostólica, de 29.IX.1989<sup>11</sup>. El objeto del recurso contencioso-administrativo era el decreto de la Congregación competente que, a su vez, confirmaba el decreto por el que un Obispo había dividido la masa de bienes perteneciente a dos entes distintos (un santuario y un patronato). Hasta ese decreto de división los bienes comunes habían sido administrados por uno solo de los entes (el patronato). En el decreto del Obispo se nombraba a los nuevos administradores y al rector del santuario. El patronato consideraba que este decreto era contrario a algunos privilegios concedidos en una Bula papal de más de cuatro siglos de antigüedad. Tanto el Obispo como la Congregación competente de la Curia Romana entendían que esos privilegios habían dejado de estar vigentes. La decisión de la segunda sección del tribunal de la Signatura Apostólica estimó el recurso declarando que el decreto episcopal incurría en violación de la ley tanto en el procedimiento como en la decisión, ya que había actuado en contra de la Bula papal, que era una *ley especial* todavía vigente.

### III. El concepto actual de privilegio en el Código de Derecho canónico

El sumario apunte histórico que precede a este epígrafe muestra los motivos que aconsejan exponer dos premisas negativas antes de ofrecer la noción actual de privilegio, más restringida que la noción clásica.

<sup>11</sup> TRIBUNAL SUPREMO DE LA SIGNATURA APOSTÓLICA, sentencia *Abulen. Iurium*, 29 de septiembre de 1989, *coram Stickler*, en "Revista Española de Derecho Canónico" 48 (1991), pp. 307-323.

## 1. El privilegio no es una norma general

El progreso de la técnica jurídica produjo una evolución en la noción de privilegio. Concretamente, dejaron de entenderse como situaciones de ventaja del tipo privilegio las disposiciones favorables en beneficio de categorías generales de sujetos, que pasaron a ser consideradas como parte del estatuto jurídico de tales grupos.

El principio 6.º para la reforma del CIC —una de las indicaciones de máxima para la reforma del CIC 17, que suponían una traducción jurídica de las deliberaciones del Concilio Vaticano II— se hacía eco de la estrecha relación entre el reconocimiento y la tutela de los derechos subjetivos, el principio de igualdad y el estatuto jurídico de los fieles<sup>12</sup>. En los trabajos del grupo de estudio encargado de elaborar el proyecto de las normas generales se advierte que esa indicación se manifiesta desde el comienzo al plantearse la legislación sobre los privilegios establecidos por una ley o introducidos por una costumbre, que, siendo formal y jurídicamente leyes o costumbres, como tales son considerados<sup>13</sup>. Pero sobre esta cuestión se volverá a tratar más adelante, en el presente estudio.

<sup>12</sup> No parece superfluo transcribir el texto completo de ese principio de reforma del CIC, que se formula de la siguiente manera: "Quaestio eaque gravis in futuro Codice solvenda proponitur, videlicet, qua ratione iura personarum definienda tuendaque sint. Sane potestas una est eaque residet in Superiore sive Supremo sive inferiore, nempe in Romano Pontifice et in Episcopis dioecesanis, in respectivo ambitu completa. Quod unicuique, pro communitatis sibi assignatae servitio tota competat, unitatem firmat potestatis, eamque pro pastoralis cura subditorum admodum conferre nemo dubitabit. Verum tamen usus huius potestatis in Ecclesia arbitrarius esse non potest, idque iure naturali prohibente atque iure divino positivo et ipso iure ecclesiastico. Unicuique christifidelium iura agnoscenda ac tuenda sunt, et quae in lege naturali vel divina positiva continentur, et quae ex illis congruenter derivantur ob insitam socialem conditionem quam in Ecclesia acquirunt et possident. Et quoniam non omnes eandem functionem in Ecclesia habent, neque idem statutum omnibus convenit, merito proponitur ut in futuro Codice ob radicalem aequalitatem quae inter omnes christifideles vigere debet, tum ob humanam dignitatem tum ob receptum baptisma, statutum iuridicum omnibus commune condatur, antequam iura et officia recenseantur quae ad diversas ecclesiasticas functiones pertinent". PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Principia quae Codicis Iuris Canonici recognitionem dirigant a Pontificia Commissione recognita et Primi Generalis Coetus "Synodi Episcoporum" examini subiecta*, 57 pp., Typis Polyglottis Vaticanis, 6 de noviembre de 1967. El fascículo completo, a excepción de los *modi* [pp. 43-57], fue publicado en "Communicationes" 1 [1969], pp. 77-100. El pasaje transcrito se encuentra en pp. 82-83.

<sup>13</sup> "Secretarius Adiunctus animadvertit: sola privilegia per actum particularem esse actus administrativos; quae lege conceduntur reguntur normis de legibus; quae con-

Sin detenernos ahora en estos aspectos, debe señalarse que la diferencia que tiene en cuenta el CIC 83 al distinguir entre normas generales y actos singulares<sup>14</sup> determina, entre otras cosas, que a partir del CIC 83 ya no se consideran técnicamente privilegios las situaciones favorables concedidas a través de una norma general<sup>15</sup>. Los privilegios se identificarán más bien con las disposiciones contenidas en actos administrativos singulares, como había sido propuesto por Vincenzo Del Giudice y Orio Giacchi en las primeras décadas del siglo pasado<sup>16</sup>. Uno y otro autor consideraron que, también en la Iglesia, cabía hablar de distinción de funciones en la potestad —que no es lo mismo que separación de poderes—, y por tanto con posibles referencias a actos administrativos, también del Romano Pontífice<sup>17</sup>, incluyendo la figura del privilegio en el ámbito de estos actos administrativos.

## 2. El privilegio no es un acto administrativo, sino el contenido de un acto administrativo

A esto se suma una segunda distinción entre el acto administrativo singular y uno de sus elementos. Si bien en el lenguaje común es normal tomar la parte por el todo (por ejemplo, denominar *nom-*

*suetudine* *introducuntur*, *normis de consuetudine*; *quae praescriptione acquiruntur*, *normis de praescriptione*". PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, COETUS STUDIORUM RECOGNOSCENDIS NORMIS GENERALIBUS, *Sessio II (diebus 13-17 novembris 1967 habita)*, en "Communicationes" 17 (1985), pp. 29-73, p. 46.

<sup>14</sup> Si el carácter singular hace referencia a la cualidad propia de los actos que se dirigen a un destinatario determinado, con exclusión de los restantes miembros de una comunidad, la generalidad se refiere más bien a la característica propia de las disposiciones que se dirigen a una comunidad en cuanto tal (cfr. E. BAURA, *L'attività normativa dell'Amministrazione ecclesiastica*, en "Folia Canonica" 5 [2002], en prensa).

<sup>15</sup> "Oggi si può affermare che restano certamente fuori della nozione codiciale di privilegio i cosiddetti *privilegia generalia* o *in Codice contenta*, chiamati anche privilegi in senso lato" (A.M. PUNZI NICOLÒ, *Privilegio [Diritto canonico]*, cit. pp. 775-776).

<sup>16</sup> Cfr. V. DEL GIUDICE, *Privilegio, dispensa ed epicheia nel diritto canonico*, separata de los "Annali dell'Istituto Giuridico dell'Università di Perugia" 1923-1924, p. 36; O. GIACCHI, *Natura giuridica dei rescritti in diritto Canonico*, en "Studi Senensi", 51 (1937), pp. 3-29, reeditado en *Chiesa e Stato nella esperienza giuridica (1933-1980). Studi raccolti e presentati da Ombretta Fumagalli Carulli*, vol. I: *La Chiesa e il suo diritto. Religione e società*, Milano 1981, pp. 457 y 459.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 446-447.

*bramiento* del párroco al acto administrativo singular —decreto— con que se le nombra), la técnica jurídica requiere distinguir.

En este sentido técnico, el privilegio, que como se ha visto no es una norma, tampoco es un acto administrativo, sino un tipo de gracia que se concede por medio de un rescripto, que, a su vez, es un tipo de acto administrativo singular<sup>18</sup>. El privilegio, pues, no es un acto, sino el contenido de un acto<sup>19</sup>. En efecto, el c. 59<sup>20</sup> menciona los privilegios entre los contenidos posibles de los rescriptos; y el c. 76<sup>21</sup> establece una noción legal de privilegio que lo considera una gracia concedida a través de un acto peculiar.

La conjunción de los cánones 59 y 76 sirve para caracterizar el privilegio como una gracia que se concede mediante un acto administrativo del tipo rescripto en favor de una persona o unas personas determinadas, físicas o jurídicas. Se trata de una gracia<sup>22</sup>, es decir, de una situación jurídica subjetiva que ha pasado del estadio de mera expectativa a su consolidación como derecho, potestad o facultad, en virtud del acto de una autoridad competente, que favorece efectivamente al concesionario (c. 77<sup>23</sup>).

<sup>18</sup> Con anterioridad me he ocupado de la relación entre estas dos figuras en *La concessione delle grazie attraverso i rescritti*, en "Ius Ecclesiae" 6 (1994), pp. 237-257.

<sup>19</sup> "Bisogna cioè rilevare come il previsto privilegio di natura amministrativa non sia un 'atto', ma il contenuto di un atto" (S. GHERRO, *Il privilegio nei due viginti Codici di Giovanni Paolo II*, en AA. VV., *Studi sul Codex canonum Ecclesiarum orientaliū*, Milano 1994, p. 83).

<sup>20</sup> § 1: "Rescriptum intellegitur actus administrativus a competenti auctoritate executiva in scriptis elicitus, quo suapte natura, ad petitionem alicuius, conceditur privilegium, dispensatio aliave gratia"; § 2: "Quae de rescriptis statuuntur praescripta, etiam de licentiae concessione necnon de concessionibus gratiarum vivae vocis oraculo valent, nisi aliud constet".

<sup>21</sup> § 1: "Privilegium, seu gratia in favorem certarum personarum sive physicarum sive iuridicarum per peculiarem actum facta, concedi potest a legislatore necnon ab auctoritate executiva cui legislator hanc potestatem concesserit"; § 2: "Possessio centenaria vel immemorabilis praesumptionem inducit concessi privilegii".

<sup>22</sup> Cfr. D. DI FELICE, *L'istituto della grazia nel diritto canonico ed ecclesiastico*, en "Il diritto ecclesiastico" 106 (1995), pp. 248-256 y J. CANOSA, *El derecho al buen gobierno como factor delimitante del concepto canónico de gracia*, en AA. VV., *Escritos en Honor de Javier Hervada*, "Ius Canonicum", vol. especial 1999, pp. 395-406.

<sup>23</sup> "Privilegium interpretandum est ad normam c. 36 § 1; sed ea semper adhibenda est interpretatio, qua privilegio aucti aliquam revera gratiam consequantur".



## IV. Caracteres específicos del privilegio

El privilegio, como los demás contenidos posibles de los rescriptos, asume las características comunes de ese tipo de acto administrativo<sup>24</sup>, pero presenta rasgos específicos en dos de los elementos: el autor y la causa.

### 1. En cuanto al autor

El c. 76 establece que el privilegio puede ser concedido *por el legislador* así como por la autoridad ejecutiva a quien el legislador haya atribuido tal potestad.

Que sea concedido por el legislador no significa que se trate de un acto legislativo<sup>25</sup>. Téngase en cuenta que los legisladores, en derecho canónico, poseen también la potestad ejecutiva. Cuando un legislador da un rescripto no lo hace en ejercicio de la potestad legislativa sino de la potestad necesaria para un acto administrativo, que es, como sabemos, la potestad ejecutiva (cfr c. 35<sup>26</sup>). Pero en el caso de los rescriptos que contienen un privilegio, hay una *reserva* hacia la autoridad ejecutiva que además es legislador: es decir, la autoridad ejecutiva superior en cada ámbito autónomo de gobierno, como se desprende de la combinación de los cánones 75<sup>27</sup> y 76 § 1<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Cfr. J. MIRAS, J. CANOSA, E. BAURA, *Compendio de Derecho Administrativo Canónico*, cit., pp. 213-216.

<sup>25</sup> "Although obscured, the definition does not contradict the view that privileges can have no other classification than that which the consultors originally intended. The arrangement of the canonical system clearly indicates the nature of this institute as an administrative act issued by the exercise of executive power even when it is reserved to authorities who are legislators" (A. McCORMACK, *The term "privilege": a textual study of its meaning and use in the 1983 Code of canon law*, cit., p. 14).

<sup>26</sup> "Actus administrativus singularis, sive est decretum aut praeceptum sive est rescriptum, elici potest, intra fines suae competentiae, ab eo qui potestate executiva gaudet, firmo praescripto can. 76, § 1".

<sup>27</sup> "Si rescriptum contineat privilegium vel dispensationem, serventur insuper praescripta canonum qui sequuntur.

<sup>28</sup> "Privilegium, seu gratia in favorem certarum personarum sive physicarum sive iuridicarum per peculiarem actum facta, concedi potest a legislatore necnon ab auctoritate executiva cui legislator hanc potestatem concesserit".

También puede conceder privilegios la autoridad ejecutiva que haya recibido del legislador la potestad para hacerlo. Esta habilitación puede hacerse a través de una norma general<sup>29</sup>.

Igualmente se puede recibir esa habilitación por acto singular del legislador: se trata entonces de una delegación, no de la potestad ejecutiva —el habilitado, según el c. 76 § 1, es una autoridad ejecutiva—, sino de la competencia necesaria para conceder privilegios.

## 2. En cuanto al elemento causal

El privilegio presenta especiales características también en cuanto a la causa<sup>30</sup>. La gracia en que consiste el privilegio, en virtud de la concesión de la autoridad que emite el rescripto, se traduce en un derecho (u otro tipo de situación jurídica activa) y por tanto se presume perpetuo (cfr c. 78<sup>31</sup>). Esta diferencia entre el privilegio y la dispensa (que ordinariamente consiste en una gracia actual y episódica, que relaja el vínculo de la ley para un caso determinado) se asienta en el elemento causal<sup>32</sup>.

El derecho entiende que existen situaciones en las que la estabilidad de la ventaja otorgada en favor de un sujeto determinado puede beneficiar no sólo al sujeto mismo sino también a la comunidad. Por eso, cuando se dan una serie de presupuestos, el bien público se beneficia con la perpetuidad del privilegio, lo cual no ocurre en el caso de la dispensa, donde se entiende que el bien público se beneficia sólo si se relaja la ley para un caso o unos casos determinados, ya que si se generalizara tal relajación, acabaría siendo perjudicial (en buena

<sup>29</sup> Sobre la habilitación para otorgar privilegios atribuida por ley a determinados ordinarios, cfr. E. LABANDEIRA, *Tratado de Derecho administrativo canónico*, Pamplona 1993, p. 336.

<sup>30</sup> Sobre el concepto de causa para el acto administrativo en el Derecho canónico, cfr. O. GIACCHI, *La causa negli atti amministrativi canonici*, en AA. VV., *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova 1939, reeditado en *Chiesa e Stato nella esperienza giuridica* (1933-1980), cit., pp. 495-512.

<sup>31</sup> § 1: "Privilegium praesumitur perpetuum, nisi contrarium probetur"; § 2: "Privilegium personale, quod scilicet personam sequitur, cum ipsa extinguitur"; § 3: "Privilegium reale cessat per absolutum rei vel loci interitum; privilegium vero locale, si locus intra quinquaginta annos restituatur, reviviscit".

<sup>32</sup> Acerca de la diferencia entre las dos figuras, con especial atención a la evolución de esta distinción en las diversas etapas de la historia del Derecho canónico, cfr. E. BAURA, *La dispensa canonica dalla legge*, Milano 1999, pp. 212-221.

lógica, una ley que favoreciera al bien común sólo o principalmente cuando es dispensada, debería derogarse).

De modo análogo sería perjudicial la perpetuidad del privilegio cuando dejaran de verificarse los presupuestos que determinan su racionalidad. De ahí que en el Código, sin perjuicio de la presunción de perpetuidad ya mencionada, se especifiquen de forma muy precisa las causas de extinción del privilegio.

## V. Causas de extinción del privilegio

### 1. Causas referidas a la permanencia temporal de los presupuestos jurídicos

El derecho prevé que la voluntad del autor de la concesión, de otra autoridad competente, del beneficiario, o de un tercero pueda intervenir modificando la permanencia temporal de los presupuestos jurídicos y, en la práctica, desposeyendo al privilegio de la característica de la perpetuidad. Se establecen, así, las siguientes causas de extinción del privilegio:

1.º) *Extinción por acto revocatorio de la autoridad competente* (c. 79<sup>33</sup>). Se entiende por autoridad competente la que ha concedido el privilegio, su sucesor o su superior. La autoridad competente sólo puede revocar el privilegio por un motivo proporcionado y razonable, respetando los derechos adquiridos y las demás exigencias de justicia. La revocación se realiza mediante un acto administrativo contrario al privilegio en vigor (c. 47<sup>34</sup>), que requerirá del adecuado procedimiento de formación a través de cual se manifieste la corrección jurídica de la decisión y su oportunidad.

2.º) *Extinción por el transcurso del tiempo fijado*. El privilegio puede extinguirse una vez transcurrido el tiempo para el que fue da-

<sup>33</sup> "Privilegium cessat per revocationem competentis auctoritatis ad normam c. 47, firmo praescripto can. 81".

<sup>34</sup> "Revocatio actus administrativi per alium actum administrativum auctoritatis competentis effectum tantummodo obtinet a momento, quo legitime notificatur personae pro qua datus est".

do o agotado el número de casos para el que fue concedido (cfr. c. 83<sup>35</sup>). El plazo o los casos se determinan mediante cláusulas que forman parte del contenido eventual del rescripto.

3.º) *Extinción por circunstancias relacionadas con el autor.* Como regla general, no se extingue el privilegio al cesar la potestad de quien lo ha concedido, a no ser que lo haya dado con la cláusula "según nuestro beneplácito" u otra similar (c. 81<sup>36</sup>), por ejemplo, "hasta que yo quiera", "mientras ocupe este oficio".

4.º) *Extinción por renuncia.* El privilegio puede extinguirse por la renuncia del privilegiado, que requiere siempre aceptación por parte de la autoridad competente (c. 80 § 1<sup>37</sup>).

5.º) *Extinción por prescripción.* Se llama prescripción *extintiva*, en este caso (cfr. cc. 197-199<sup>38</sup> y, además, las normas de la legislación civil del país respectivo, a las que remite el CIC), al transcurso de un tiempo establecido legitimamente, durante el cual el titular no usa un privilegio, o lleva a cabo un uso contrario. El c. 82<sup>39</sup> dispone que sólo cesan por este motivo los privilegios que sean gravosos para terceros.

<sup>35</sup> § 1: "Cessat privilegium elapso tempore vel expleto numero casuum pro quibus concessum fuit, firmo praescripto c. 142 § 2"; § 2: "Cessat quoque, si temporis progressu rerum adiuncta ita iudicio auctoritatis competentis immutata sint, ut noxium evaserit aut eius usus illicitus fiat".

<sup>36</sup> "Resoluto iure concedentis, privilegium non extinguitur, nisi datum fuerit cum clausula "ad beneplacitum nostrum" vel alia aequipollenti".

<sup>37</sup> § 1: "Nullum privilegium per renuntiationem cessat, nisi haec a competendi auctoritate fuerit accepta".

<sup>38</sup> "Praescriptionem, tamquam modum iuris subiectivi acquirendi vel amittendi necnon ab obligationibus sese liberandi, Ecclesia recipit prout est in legislatione civili respectivae nationis salvis exceptionibus quae in canonibus huius Codicis statuuntur" (c. 197). "Nulla valet praescriptio, nisi bona fide nitatur, non solum initio, sed toto decursu temporis ad praescriptionem requisiti, salvo praescripto can. 1362" (c. 198). "Praescriptioni obnoxia non sunt: 1. iura et obligationes quae sunt legis divinae naturalis aut positivae; 2. iura quae obtineri possunt ex solo privilegio apostolico; 3. iura et obligationes quae spiritualem christifidelium vitam directe respiciunt; 4. fines certi et indubii circumscriptionum ecclesiarum; 5. stipes et onera Missarum; 6. provisio officii ecclesiastici quod ad normam iuris exercitium ordinis sacri requirit; 7. ius visitationis et obligatio oboedientiae, ita ut christifideles a nulla auctoritate ecclesiastica visitari possint et nulli auctoritati iam subsint" (c. 199).

<sup>39</sup> "Per non usum vel per usum contrarium privilegium aliis haud onerosum non cessat; quod vero in aliorum gravamen cedit, amittitur, si accedat legitima praescriptio".

## 2. Causas de extinción del privilegio por decadencia de alguno de los presupuestos jurídicos

En otros casos, el derecho prevé la extinción del privilegio cuando se dan ciertas alteraciones del contexto jurídico que inequívocamente suponen la decadencia de los presupuestos que hasta entonces hacían razonable la estabilidad de la ventaja otorgada:

1.º) *Extinción por perención de la persona o de la cosa interesada.* La disposición del c. 78 §§ 2-3<sup>40</sup> se basa en la distinción tradicional entre privilegios *reales* y privilegios *personales*. Personal es el privilegio que termina cuando deja de existir la persona beneficiada (por muerte, si se trata de una persona física, o por extinción jurídica, si se trata de una persona jurídica). El privilegio real se extingue con la destrucción completa del objeto.

2.º) *Extinción por cambio de circunstancias.* Si, con el transcurso del tiempo, las circunstancias reales que justificaron en su momento la concesión cambian de tal modo que, a juicio de la autoridad competente el uso del privilegio se hace ilícito o resulta dañoso, queda extinguido (c. 83 § 2<sup>41</sup>). En este caso no se requiere un acto de revocación, sino la simple declaración por parte de la autoridad de que se ha producido la extinción por ese motivo.

3.º) *Extinción por privación.* La privación de un privilegio es una de las penas expiatorias previstas en el c. 1336 § 1,2.<sup>42</sup>, que puede imponerse cuando el beneficiario comete ciertos delitos que le hacen merecedor de su pérdida. Si el privilegio comporta el uso de una potestad, y el titular abusa gravemente de ella, el Ordinario, después de haberle amonestado inútilmente, puede proce-

<sup>40</sup> § 2: "Privilegium personale, quod scilicet personam sequitur, cum ipsa extinguitur"; § 3: "Privilegium reale cessat per absolutum rei vel loci interitum; privilegium vero locale, si locus intra quinquaginta annos restituatur, reviviscit".

<sup>41</sup> § 2: "Cessat quoque, si temporis progressu rerum adiuncta ita iudicio auctoritatis competentis immutata sint, ut noxium evaserit aut eius usus illicitus fiat".

<sup>42</sup> § 1: "Poenae expiatoriae, quae delinquentem afficere possunt aut in perpetuum aut in tempus praefinitum aut in tempus indeterminatum, praeter alias, quas forte lex constituerit, hae sunt: 1. prohibitio vel praescriptio commorandi in certo loco vel territorio; 2. *privatio potestatis, officii, muneris, iuris, privilegii, facultatis, gratiae, tituli, insignis, etiam mere honorifici* 3. prohibitio ea exercendi, quae sub n. 2 recensentur, vel prohibitio ea in certo loco vel extra certum locum exercendi; quae prohibitiones numquam sunt sub poena nullitatis; 4. translatio poenalis ad aliud officium; 5. dimissio e statu clericali" (la cursiva es indicativa).

der a la privación del privilegio, si lo concedió él mismo, pero si fue otorgado por la Santa Sede, debe informar a ésta del asunto (c. 84<sup>43</sup>).

## VI. Distintas concepciones del privilegio en la doctrina de los autores

Tras haber expuesto una primera visión sintética de la figura del privilegio y antes de estudiar su relación con la tutela de los derechos de los fieles, resulta oportuno conocer cómo ha valorado la doctrina la configuración del privilegio en el CIC vigente, es decir, el privilegio como contenido del rescripto-acto administrativo.

### 1. La posición de Sandro Gherro

Algunos autores, entre los que destaca S. Gherro, siendo bien conscientes de que actualmente el privilegio se encuentra encuadrado en el campo de los actos administrativos, tanto en el CIC como en el CCEO<sup>44</sup>, consideran que supondría un retroceso que el privilegio dejara de poder ser considerado también un acto legislativo<sup>45</sup>. En este sentido, aun admitiendo que desde la promulgación del CIC y del CCEO ya no se sostiene la categoría del privilegio norma general, Gherro<sup>46</sup> opina que es posible reconocer en el ordenamiento canóni-

<sup>43</sup> "Qui abutitur potestate sibi ex privilegio data, privilegio ipso privari meretur; quare, Ordinarius, frustra monito privilegiario, graviter abutentem privet privilegio quod ipse concessit; quod si privilegium concessum fuerit ab Apostolica Sede, eandem Ordinarius certiore facere tenetur".

<sup>44</sup> Cfr. S. GHERRO, *Il privilegio nei due viginti Codici di Giovanni Paolo II*, cit., p. 81.

<sup>45</sup> S. GHERRO, *Brevi note sul 'privilegio in senso stretto' nella revisione del C. J. C.*, en "Ephemerides Iuris Canonici" 37 (1981), p. 99.

<sup>46</sup> Y con él otros autores que consideran posible que también se puedan dar privilegios de naturaleza legislativa después de la promulgación del CIC de 1983, como, por ejemplo, G. FELICIANI, *Le basi del diritto canonico. Dopo il codice del 1983*, Bologna 1984, pp. 54-55; P. LOMBARDIA, *Legge, consuetudine ed atti amministrativi nel nuovo Codice di diritto canonico*, en AA. VV. (ed. S. FERRARI), *Il nuovo Codice di diritto canonico. Aspetti fondamentali della codificazione postconciliare*, Bologna 1983, pp. 96-97; C. MINELLI ZAGRA, *Le fonti dello "Ius Singolare" nell'ordinamento canonico. L'esperienza delle codificazioni*, Padova 2000, p. 277; G. SACCOCCIA, *Sulla*

co actual un tipo de privilegio que no constituya el contenido de un acto administrativo, sino de un acto legislativo; de modo que, aunque normalmente el rescripto que contiene un privilegio aparezca como un acto administrativo, cabría pensar en rescriptos que contengan privilegios-actos legislativos<sup>47</sup>.

Con esta posición S. Gherro, conocedor de la evolución de los diferentes proyectos de cánones sobre el privilegio en los trabajos de revisión del CIC de 1917<sup>48</sup>, no hace más que acogerse a las posibilidades de debate que ya fueron establecidas en el seno de la comisión de reforma, cuando, de intento, se fijó un texto suficientemente abierto<sup>49</sup> para no dejar zanjado legislativamente un tema que era más propio de la discusión doctrinal de los autores.

*natura dei rescritti*, en AA. VV. (ed. S. GHERRO), *Studi sul primo libro del 'Codex Iuris Canonici'*, Padova 1993, p. 219; A. TALAMANCA, *Rescritto pontificio*, en AA. VV., *Enciclopedia del diritto*, vol. 39, Milano 1988, p. 990; G. GHIRLANDA, *Il Diritto nella Chiesa, mistero di comunione*, Milano 1990, p. 631; J. HERRANZ, *Studi sulla nuova legislazione della Chiesa*, Milano 1990, p. 163; J. KRUKOWSKI, *Administracja w Kościele. Zarys kościelnego prawa administracyjnego* [La Administración en la Iglesia. Compendio de Derecho Administrativo eclesial], Lublin 1985, p. 122; M.J. ROCA, *Comentario al c. 76*, en AA. VV. (ed. A. MARZOJA, J. MIRAS y R. RODRIGUEZ-OCANA), *Comentario exegetico al Código de Derecho Canónico*, Pamplona 2002 (3.<sup>a</sup> ed.), vol. I, p. 654.

<sup>47</sup> "Poiché però il privilegio può avere anche natura normativa, ci si deve chiedere se sia giuridicamente possibile ciò che non è normativamente escluso, se cioè anche tale privilegio possa essere contenuto in un rescritto; e dunque, se esistano due specie di rescritti, diversificati per la natura del loro oggetto" (p. 83) y más adelante se responde "si può anzi ribadire come la specificata libertà dell'autorità vertice di procedere a diversa specificazione (nella specie: normativa o amministrativa) del privilegio senza vincoli di forma non escluda la necessità di presumere che l'utilizzazione del rescritto sia conforme alla funzione usualmente prevista dal legislatore: che, cioè, il privilegio contenuto in un rescritto abbia la natura del provvedimento amministrativo. La presunzione, tuttavia, ammette la prova contraria" (p. 90), S. GHERRO, *Il privilegio nei due viginti Codici di Giovanni Paolo II*, cit., p. 83.

<sup>48</sup> De hecho, publica una monografía (S. GHERRO, *Privilegio, Bene comune e interesse privato. Sulla qualificazione giuridica del privilegio in senso stretto secondo i principi costituzionali dell'Ordinamento canonico*, Padova 1977) y un artículo (S. GHERRO, *Brevi note sul 'privilegio in senso stretto' nella revisione del C. J. C.*, en "Ephemerides Iuris Canonici" 37 [1981], pp. 90-100) sobre el privilegio cuando se encuentran en fase de elaboración los cánones de esa materia del futuro CIC de 1983, y en esos escritos se refiere con frecuencia a la orientación de esos trabajos del *Coetus studiorum*.

<sup>49</sup> Una de las fases de trabajo de la preparación del CIC de 1983 consistió en el estudio del *Schema canonum libri I de normis generalibus* de 1977, que se llevó a cabo durante los años posteriores y recogió las observaciones de varias instancias, dando como resultado el *Schema Codici Iuris Canonici iuxta animadversiones S. R. E.*

Sin perjuicio de la loable intención de dejar espacio al debate futuro, la interpretación con la que algún exponente de este grupo de autores ha juzgado esta solución legislativa adoptada parece más bien severa, cuando ha criticado una presunta asimilación entre contenido y continente<sup>50</sup>. No ha faltado tampoco entre estos canonistas quien atribuyera a las modificaciones introducidas a lo largo del proceso de revisión del CIC, en el texto sobre privilegios del proyecto inicial (de marcado carácter "administrativista"), el significado de un intento de recuperar para el privilegio los contenidos legislativos a medida que se iba perfeccionando la tarea de revisión del Código<sup>51</sup>, y propusiera,

*Cardinalium, Episcoporum Conferentiarum, Dicasteriorum Curiae Romanae, Universitatum Facultatumque ecclesiarum necnon Superiorum Institutorum vitae consecratae recognitum*, de 1980. Durante una de las sesiones correspondientes a la revisión de los cánones sobre el privilegio, que tuvo lugar el 27 de octubre de 1979, valorando la oportunidad de mantener la redacción del § 1 del c. 75 del esquema de 1977, cuyo texto era "privilegium, seu gratia in favorem certarum personarum, sive physicarum sive iuridicarum per peculiarem actum administrativum facta, a sola competenti auctoritate potestate executiva gaudente concedi valet", mons. R. Castillo Lara, entonces Secretario de la Comisión encargada de la revisión del Código, "animadvertit privilegium ius esse obiectivum quod respicit iura singularia et illud concedere est actus cum potestate legislativa connexus quia datur a legislatore et ab eo qui potestatem delegatam ab ipso legislatore obtinet, quapropter dici nequit, citando etiam Michiels, Van Hove et secundum Consultorem, concedi posse ab eis qui potestate tantum executiva gaudent. Ergo idem Exc.mus D.nus petit ut verba 'a sola... potestate executiva gaudente' supprimantur" y, más adelante "Exc.mus Secretarius notat in Ecclesia distinctionem claram potestatem legislativam inter et executivam non haberi et tenet fortasse dicendum esse expresse quod ex concessione potestas executiva concedere potest privilegia, secus esset aliqua contradictio, et proponit ut verba supprimantur ne doctrinae evolutio praeiudicetur. Et factum quod institutum privilegii in titulo de actibus administrativis inscribitur aliquam constituit orientationem". El Secretario de la Comisión, vuelve a manifestar el mismo parecer antes de la votación sobre el texto definitivo, manifestando que "est contra ditionem 'actus administrativus', allegans sufficere insertionem in parte 'De actibus administrativis'". PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Recognitio Schematis (1977): Libri I de Normis Generalibus. Sessio II (diebus 23-27 octobris 1979 habita)*, en "Communicationes" 23 (1991), pp. 194-196.

<sup>50</sup>G. SACCOCCIA, *Sulla natura dei rescritti*, cit., p. 212, llega a afirmar que "l'infelice trasposizione di istituti tradizionali, quali privilegi e dispense, entro l'ampio *genus* degli atti amministrativi, restando poi da verificare se al formale inquadramento degli stessi entro il titolo IV si sia accompagnata anche la sostanziale ripulsa di ogni loro valenza normativa, ha condotto il legislatore ad una totale assimilazione tra il 'contenente' ed il 'contenuto', tra il rescritto, veicolo di grazie e favori, e questi ultimi, che costituiscono invece l'oggetto stesso della concessione".

<sup>51</sup>"Come intendere siffatto recesso del nomoteta dall'impostazione originaria, se non come un 'ritorno alla concessione classica del privilegio come *lex privata*' [cita a P. LOMBARDIA, *Legge, consuetudine ed atti amministrativi*, cit., p. 96], come un recupero di quella valenza normativa che l'intervento privilegiario pro bono privato ha



como razonable evolución postcodicial, cambios de *lege condenda* en esta línea favorable al privilegio de naturaleza legislativa<sup>52</sup>.

El enfoque de estos autores aparece ligado a la doctrina mayoritaria anterior a la promulgación del CIC 1983, por lo que interpretan la naturaleza del rescripto según el valor (legislativo o administrativo) que atribuyen a su contenido y no al revés. Por tanto, si el contenido es administrativo —por ejemplo, una gracia que se concede a una persona singular— el rescripto será considerado un acto administrativo; en cambio, si el contenido es legislativo —y así consideran estos autores el privilegio, que en la definición tradicional es "lex privata"— el rescripto será acto legislativo.

En definitiva, consideran estos autores que la solución plasmada en el CIC de 1983 de catalogar todas las fuentes del "ius singulare" como actos administrativos, atendiendo a la característica de la singularidad, supone una manifestación de rigidez que no se compagina con la flexibilidad propia del Derecho canónico<sup>53</sup>. Por lo tanto estiman que la inclusión del privilegio y de la dispensa dentro del título de los actos administrativos singulares, así como la redacción de los cc. 59 § 1 y 75, son opciones legislativas poco adecuadas, ya que el rescripto no puede condicionar la naturaleza de los privilegios o de las dispensas. El legislador debería haber obrado

sempre indefettibilmente contraddistinto? [cita a S. GHERRO, *Privilegio, Bene comune e interesse privato. Sulla qualificazione giuridica del privilegio in senso stretto secondo i principi costituzionali dell'Ordinamento canonico*, Padova 1977, pp. 151 ss., 179 ss., 191 ss.] Può affermarsi senza tema di sbagliare che le modifiche attraverso le quali si è giunti all'attuale formulazione del can. 76 par. 1 attestano l'acquisita consapevolezza del legislatore che una configurazione *sic et simpliciter* amministrativa della disposizione privilegiaria sarebbe risultata fortemente deficitaria" (G. SACCOCCIA, *Sulla natura dei rescritti* cit., p. 216).

<sup>52</sup> Así, por ejemplo, entre los autores que preferirían que el privilegio no fuera encuadrado en el ámbito de los actos administrativos, se encuentra C. MINELLI ZAGRA, *Le fonti dello "Ius Singulare" nell'ordinamento canonico...*, cit., quien propone, "in una prospettiva *de iure condendo*, restituire questi atti alla loro vocazione originale di elementi di flessibilità, rendendoli del tutto autonomi da un contesto sistematico coartante e contrastante con la loro natura" (p. 277).

<sup>53</sup> En este sentido se pronuncia, por ejemplo G. SACCOCCIA, *Sulla natura dei rescritti* cit., p. 212, según el cual tal solución supone reducir considerablemente la flexibilidad, nota característica del ordenamiento canónico, de la que ha dado buena prueba la Iglesia a lo largo de dos mil años de existencia. Cfr. también C. MINELLI ZAGRA, *Le fonti dello "Ius Singulare" nell'ordinamento canonico...*, cit., pp. 181-182.

con mayor cautela para no extender la aplicación de las normas sobre los actos administrativos a estas figuras tradicionales.

En cualquier caso, para estos autores las normas que se contienen en los cc. 35, 59 § 1 y 75 no poseen una eficacia determinante y definitiva en relación con la figura del privilegio, sino que más bien cumplen una función de ejemplificación y de clasificación, sin que su fuerza alcance a cambiar la naturaleza legislativa de algunos privilegios y dispensas<sup>54</sup>. Esta última tesis es sostenida también por otros autores —J. Herranz, J. Krukowski, M. Roca<sup>55</sup>— para quienes, en algunos casos al menos, la naturaleza del privilegio sería legislativa.

## 2. La opinión de Salvatore Berlingò y Eduardo Labandeira

Mantienen una opinión diversa otros autores que han entendido que el privilegio, en la nueva legislación, es únicamente el contenido de un acto administrativo. Un claro exponente de esta línea interpretativa es S. Berlingò, quien ya antes de la promulgación del CIC consideraba legítima y oportuna la colocación del privilegio en el campo de los actos administrativos<sup>56</sup>, distinguiéndolo de otras figuras que en otro tiempo podrían haber recibido la denominación de privilegios y que, sin embargo, deberían encuadrarse más bien entre las manifestaciones de Derecho especial<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Cfr. A. TALAMANCA, *Rescritto pontificio*, cit., p. 992. En esta misma línea G. SACCOCCIA, *Sulla natura dei rescritti* cit., p. 217, afirma que el Código de 1983 no ha cambiado la realidad del privilegio: continúa siendo lo que era ya antes de 1983.

<sup>55</sup> Por ejemplo, escribe J. HERRANZ, *Studi sulla nuova legislazione della Chiesa*, Milano 1990, p. 163: "Sempre entro l'ambito della potestà legislativa, si pone un altro problema: quello, cioè, riguardante la natura degli atti normativi singolari (privilegi, dispense, ecc.). In base ad un criterio esclusivamente sistematico, potrebbe sembrare che essi siano stati eliminati dal Codice come atti della potestà legislativa tendenti a rendere più flessibile l'ordinamento canonico, dal momento che appaiono configurati al tit. IV del libro I sotto la dicitura *De actibus administrativis singularibus*. Tuttavia, ciò non pare esatto, almeno per alcuni di questi atti (...) Perciò è stato suggerito che converrebbe restringere la nozione di atto amministrativo singolare a quei casi nei quali è competente chi ha la potestà esecutiva, qualificando invece quelli che sono di competenza del legislatore con la nozione più classica di norma singolare". Cfr. en sentido análogo, J. KRUKOWSKI, *Administracja w Koscièle. Zarys koscielnego prawa administracyjnego*, cit., p. 122 y M.J. ROCA, *Comentario al can. 76*, cit., p. 654.

<sup>56</sup> Cfr. S. BERLINGÒ, *Privilegi e dispense: dibattito aperto*, en "Ephemerides Iuris Canonici" 35 (1979), p. 91.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 103.

El argumento que ofrece Berlingò para situar el privilegio en el ámbito de los actos administrativos no es una razón meramente sistemática, sino la adecuación de la concesión a un tipo de actividad que no es legislativa<sup>58</sup>. Como explica este autor, la concesión de privilegios es congruente con la técnica del acto administrativo, a través del cual se lleva a cabo la adaptación de una *ratio* existente en una norma legislativa a una peculiar situación concreta<sup>59</sup>, sin necesidad de cambiar la *ratio*, como exigiría el acto legislador.

La determinación resultante consiste en la adaptación, para un caso singular, del criterio de fondo que da origen a una norma general. Esa adaptación de la *ratio* de la ley, que no conlleva la modificación de tal criterio, manifiesta, al mismo tiempo, una real subordinación de la autoridad concedente, que no altera, sino que mantiene intacto el sistema de normas legislativas. No se trata de un sometimiento meramente formal, sino del resultado de la autolimitación propia de la autoridad que ejerce una potestad ejecutiva<sup>60</sup> y que, además, responde según Berlingò a concretos auspicios del Concilio Vaticano II<sup>61</sup>.

En esta misma línea de doctrina se puede encuadrar E. Labandeira<sup>62</sup>, que ofrece una serie de razones que explican la posición del

<sup>58</sup> Cfr. las consideraciones relativas a la tipicidad en el Derecho canónico de S. BERLINGÒ, *La tipicità dell'ordinamento canonico*, en "Ius Ecclesiae", 1 (1989), pp. 95-155, y concretamente las pp. 146-148, acerca de las expresiones típicas de la flexibilidad y de la elasticidad que son características del ordenamiento de la Iglesia.

<sup>59</sup> "La deroga da essi introdotta, non è portatrice, dunque, di una nuova *ratio*, ma rappresenta l'adattamento di una *ratio* già esistente ad una peculiare situazione concreta", *ibid.*, p. 103.

<sup>60</sup> "È indubbio che il rilascio o il rifiuto di un privilegio o di una dispensa poco si adattano a divenire oggetto di una procedura contenziosa (*cum strepitu iudicii*): (...) Ma ciò non consente all'autorità che sovrintende alla prassi dei privilegi e delle dispense —proprio perché agisce, in tesi, sulla base di una potestas esecutiva ('potestate esecutiva gaudente', 'potestate gaudent esecutiva')— di astenersi, nell'esercizio della funzione, dall'osservanza di parametri causali ben precisi, sia pure intesi in senso sostantivo", S. BERLINGÒ, *Privilegi e dispense: dibattito aperto*, cit., p. 105.

<sup>61</sup> "Se i privilegi e le dispense saranno regolati, con coerenza e senza sfasature, secondo i paradigmi applicabili ai provvedimenti amministrativi, potranno senz'altro corrispondere agli obiettivi che il Concilio ha messo loro dinanzi; e non sarà risultato sottovalutabile", *ibid.*, p. 107.

<sup>62</sup> La seriedad del estudio realizado por Labandeira acerca del privilegio no ha pasado inadvertida a la doctrina, como pone de manifiesto el siguiente comentario, "A particular expert in this area was the Spanish canonist Fr. Eduardo Labandeira

privilegio como contenido de un rescripto, fijando la definición siguiente: "situación subjetiva favorable al margen del derecho común concedida por un acto administrativo con base en una norma especial"<sup>63</sup>.

### 3 Autores que estudian la evolución de la figura conocida como "norma singular"

Los autores que sostienen las dos posturas examinadas aportan argumentos en los que no falta el rigor científico, por lo que, bajo este aspecto, no parece sencillo determinar *a priori* la opinión más sólida. Por otra parte, como de alguna manera se ha visto anteriormente, a la hora de sugerir puntos firmes en los que todos los autores coincidan, aparece la dificultad añadida de que en este campo el dato exegético-sistemático resulta menos determinante que para otras figuras jurídicas, habida cuenta de la antigua falta de claridad conceptual arrastrada por el privilegio, a la que vienen a sumarse las perplejidades que puede suscitar no sólo la evolución del texto clave a lo largo de los trabajos de reforma del Código, sino también el mismo rango de capítulo que agrupa los cánones sobre el privilegio<sup>64</sup>.

Para superar esos inconvenientes que impiden alcanzar un concepto preciso de privilegio, son de particular interés algunos estudios que consideran esta figura desde una perspectiva más general. El conocimiento del entorno en el que solía ser encuadrado el privilegio

(1930-1991), professor at the University of Navarra (Pamplona), who produced a most thorough and satisfactory investigation of the juridical nature of privileges and of the act by which they are conceded" (A. McCORMACK, *The term "privilege": a textual study of its meaning and use in the 1983 Code of canon law*, cit., p.13).

<sup>63</sup> Vid. E. LABANDEIRA, *Tratado de Derecho administrativo canónico*, cit., p. 335.

<sup>64</sup> No está exenta de aspectos discutibles la disposición sistemática de la materia de los privilegios en el CIC de 1983, aun considerando acertada la opción de su encuadramiento en el ámbito de los actos administrativos singulares. En efecto, tal distribución presenta el inconveniente de contraponer privilegio y dispensa a rescripto, al dedicar capítulos distintos a los cánones correspondientes a cada uno de estos institutos, prescindiendo de que tanto el privilegio como la dispensa son contenidos del rescripto (cfr. J.M.º GONZÁLEZ DEL VALLE, *La sistemática del nuevo Código de Derecho Canónico*, en "Ius Canonicum" 25 [1985], p. 26). En el CCEO de 1990 se ha corregido esta distribución, incluyendo la regulación sobre privilegios y dispensas en el mismo artículo tercero sobre rescriptos del capítulo destinado a los actos administrativos (tercer capítulo del título XXIX): cfr. S. GHERRO, *Il privilegio nei due viginti Codici di Giovanni Paolo II*, cit., pp. 81-82.

antes de la promulgación del CIC de 1983 —la llamada "norma singular"— y, sobre todo, la observación de cómo ha ido evolucionando la consideración de la norma singular, es uno de esos posibles ámbitos de referencia, cuyo análisis no deja de aportar elementos para la comprensión del privilegio actual.

Entre otros, ofrecen valiosas consideraciones para la cuestión los trabajos llevados a cabo por tres autores —A. de la Hera, I. C. Ibán, M. Blanco— que tratan sobre el tema del privilegio en el contexto más amplio de la llamada norma singular<sup>65</sup>.

A. de la Hera, que confirma la conocida equivocidad del término "privilegio"<sup>66</sup>, se refiere a la tensión entre la disposición singular y el derecho común que late en todo privilegio<sup>67</sup> y, anticipando una cuestión que más adelante recibirá mayor atención, señala la importancia de las normas sobre los privilegios en relación con el tema de los derechos subjetivos<sup>68</sup>.

I. C. Ibán introduce la necesidad de garantizar la autonomía privada del fiel<sup>69</sup> como factor que determina la aplicación de la tradicio-

<sup>65</sup> Dos de ellos, A. de la Hera e I.C. Ibán, escriben sus artículos en circunstancias similares y con idéntica fuente de inspiración, en la persona de Pedro Lombardia

<sup>66</sup> Cfr. A. DE LA HERA, *La norma singular*, en AA. VV., *Dimensiones jurídicas del factor religioso. Estudios en homenaje al Profesor López Alarcón*, Murcia 1987, pp. 215.

<sup>67</sup> "El privilegio contempla *in actu primo*, usando la terminología que han difundido los canonistas de inspiración suareciana, entre los que el recientemente fallecido Michiels es el más ilustre representante *post Codicem*, el bien del privilegiario. Pero éste no es contemplado en una visión insolidaria. El comportamiento privilegiado, por el contrario, cumplirá una misión de alcance general, bien en el despliegue de la específica misión eclesial del beneficiario, bien en su propio perfeccionamiento espiritual, que redundará igualmente en la mayor riqueza potencial y actual de gracia de toda la Iglesia". *Ibid.*

<sup>68</sup> "Sin embargo, esta inmediata aproximación de la norma al titular de los derechos subjetivos que de ella se derivan, puede desviarse de su fin. El elemento correctivo de este riesgo está señalado en el canon 78 [del CIC de 1917]: quien abusa de la potestad que por privilegio le ha sido concedida, merece que se le prive del mismo privilegio; y el Ordinario avisará a la Santa Sede si alguien abusa del privilegio otorgado por la misma. Este canon está, como es evidente, en relación directa con el tema de los derechos subjetivos, y es uno de los puntos en que se manifiesta de una manera más clara el problema del abuso de derecho en el ordenamiento de la Iglesia". *Ibid.*

<sup>69</sup> "Hay que señalar, como un avance evidente, la asunción de la preocupación doctrinal mantenida durante años, y que tuvo una cierta configuración práctica en la creación de la *Sectio Altera* de la Signatura apostólica, consistente en establecer una

nal flexibilidad del Derecho canónico, de modo que sirva efectivamente para tutelar la *salus animarum* de los fieles concretos<sup>70</sup>, lo cual entraña el desarrollo de instrumentos que prevengan la concesión de privilegios injustificados<sup>71</sup>.

M. Blanco se refiere explícitamente a las posibilidades de tutela de los derechos de los fieles que ofrece la inclusión del privilegio en el ámbito de los actos administrativos singulares porque éstos se encuentran sometidos al control jurisdiccional<sup>72</sup>.

garantía del ámbito de autonomía privada del fiel, frente a intromisiones injustificadas de la autoridad administrativa, sobre la base de lo que en Derecho español conocemos como recurso contencioso-administrativo, y que se correspondería con el concepto estricto de *giustizia amministrativa*, tal y como es empleado por la doctrina italiana. Y tal vez por ello, se haya pretendido configurar tales instituciones como actos administrativos, para posibilitar su control jurisdiccional" (I.C. IBÁN, *Reflexiones en torno al "Ius singulare"*, en AA. VV., *Dimensiones jurídicas del factor religioso. Estudios en homenaje al Profesor López Alarcón*, Murcia 1987, p. 248).

<sup>70</sup> "Al inicio de esta exposición, he puesto de relieve que el *Ius singulare* ha cumplido una importante tarea como instrumento flexibilizador del ordenamiento canónico. Si en todo ordenamiento el respeto a la igualdad pasa por dar un trato igual a las situaciones idénticas, y distinto a las diversas, cuando el ordenamiento es el canónico, aquel principio se sublima. En el Derecho canónico, no se trata de que se cumpla lo prescrito en la ley positiva humana (certeza formal), sino que lo que parece exigible es que se logre la certeza substancial. El ordenamiento canónico cumplirá su función —será un adecuado instrumento para la consecución del fin de la Iglesia—, en la medida en que tenga presentes todas y cada una de las situaciones particulares, y que tal toma de conciencia suponga el que el ordenamiento dé la solución más adecuada, para que ese sujeto concreto, en esa situación específica reciba el tratamiento más adecuado para lograr su *salus animarum*. Aunque tal vez se pueda disentir del maestro Fedele acerca de cual sea el fin inmediato del Derecho del Pueblo de Dios, no creemos que pueda olvidarse su fin mediato. Para ello, parece necesario el apartarse en este punto de los ordenamientos seculares, y no sólo mantener las instituciones clásicas de flexibilización del Derecho, sino incluso, fomentar su aplicación. Por tanto, quizá, el problema a resolver, sea el proveer de los instrumentos que impidan el que se concedan privilegios o dispensas con favoritismo o por meros motivos ornamentales". *Ibid.*, p. 250.

<sup>71</sup> "Con la reconducción de esas figuras a la categoría del acto administrativo, también se ha pretendido un mayor control que evitaria la concesión de privilegios no justificados". *Ibid.*, p. 251.

<sup>72</sup> "A mi juicio, el cambio que se ha producido en la nueva legislación responde a una razón más de fondo: había que proteger los derechos de los fieles arbitrando todos los medios necesarios para ello. Y, hasta el momento, ha resultado de probada eficacia en el ámbito estatal una clara distinción de funciones; y, en concreto una correcta aplicación de lo que es la teoría general del acto administrativo. El hecho de que se aplique la categoría técnica del acto administrativo permite que los actos sean susceptibles de revisión; o mejor aún, de impugnación mediante el recurso pertinente, y más teniendo en cuenta lo que dispone el c. 1732 donde se lee: 'Lo que se

Las opiniones de los tres autores mencionados sirven para reforzar la idea de que la elección de un procedimiento administrativo para la emisión del privilegio no se explica únicamente por la seguridad jurídica que puede aportar la uniformidad de esquemas de referencia. En efecto, un procedimiento de este tipo ofrece mayor posibilidad de prever las consecuencias de los actos. Pero, sobre todo, responde a la necesidad de garantizar mejor el reconocimiento y la tutela de las situaciones jurídicas de los fieles, haciendo no sólo posible, sino real y práctica la individuación de las expectativas jurídicas y de los derechos que deben ser tenidos en cuenta al ejercer la función administrativa de gobierno.

#### 4. Aproximación a la figura del privilegio a partir del rescripto-acto administrativo

Otra posible línea de análisis considera el privilegio a partir de la figura del rescripto.

Hasta la reforma del CIC era mayoritaria la opinión que hacía depender la naturaleza del rescripto del tipo de contenido, según cada caso<sup>73</sup>. Algunos autores, considerando el rescripto como un acto formal, entendían la forma como tipología para entrar en una clasificación que permitiera ordenar externamente actuaciones típicas de la Administración, según distintos modelos. Otros explicaban la forma como mera expresión escrita, es decir la tradicional escritura del rescripto, considerado como documento, que debía respetar las reglas de la praxis diplomática. En uno y otro caso, el rescripto en sentido estricto sería la forma que reviste una decisión y, en sentido amplio, el rescripto sería la misma decisión dada en forma escrita, para facilitar el

establece en los cánones de esta sección sobre los decretos, ha de aplicarse también a todos los actos administrativos singulares que se producen en el fuero externo extrajudicial, exceptuados aquellos que emanen directamente del propio Romano Pontífice o del propio Concilio Ecuménico' (...) Mediante el recurso administrativo se tutelan efectivamente los derechos de los fieles, pues éstos podrán recurrir a la autoridad eclesiástica cuando hayan sido lesionados sus derechos o en caso de abuso de poder" (M. BLANCO, *Consideraciones sobre el 'Ius Singulare' y el acto administrativo*, en "Ius Canonicum" 29 [1989], pp. 675-676).

<sup>73</sup> Cfr. A. TALAMANCA, *Rescritto pontificio*, cit., pp. 988-994. Se ha afirmado que la capacidad de los contenidos para determinar la naturaleza de los diferentes rescriptos se mantiene vigente todavía, también después de la promulgación del Código de 1983 (cfr. G. SACCOCCIA, *Sulla natura dei rescritti*, cit., p. 218-219).

tráfico jurídico y prevenir problemas eventuales de constancia documental y prueba<sup>74</sup>. Obviamente, en estas dos opiniones, el rescripto, como mera forma, carecería de la entidad real suficiente para determinar los contenidos: más bien serían los contenidos los que especificarían el tipo de rescripto<sup>75</sup>.

Hay, sin embargo, autores que sostienen que al afirmarse la cualidad de acto formal del rescripto no se hace únicamente para introducirlo en una clasificación<sup>76</sup> o para indicar el rasgo tradicional de la escritura que siempre lo ha caracterizado, distinguiendo así el rescripto de los oráculos de viva voz. El elemento formal, en cuanto componente necesario del rescripto-acto administrativo lleva consigo una *formalización*, es decir un modo de subordinación de los contenidos a la forma. Una formalización-subordinación jurídica (justa), que imponga a la autoridad concedente la consideración de todas las situaciones jurídicas relevantes y que, por tal razón, consiga tutelar eficazmente los derechos de los fieles y también otras situaciones jurídicas, así como los valores de buen gobierno, equilibrio<sup>77</sup> y transparencia<sup>78</sup>, con

<sup>74</sup> Cfr. K. MÖRS DORF, *Reskript*, en "Lexikon für Theologie und Kirche", vol. VIII, Freiburg i. Br. 1963, cols. 1250-1251. El riesgo de tal enfoque es acabar considerando "la forma procedurale come formalità" (M. CARDINALE, *Il diritto alla difesa nel sistema di giustizia amministrativa canonica*, en "Ephemerides Iuris Canonici" 39 [1983], p. 119).

<sup>75</sup> Como ocurre en el ámbito de los actos de cancillería (género tradicional de actos de curia en el Derecho canónico). Vid., acerca de la diferencia entre los actos de cancillería y los actos administrativos, las interesantes acotaciones de J.M.<sup>a</sup> GONZÁLEZ DEL VALLE, *Los actos pontificios como fuente del Derecho Canónico*, en "Ius Canonicum" 16 (1976), pp. 245-292.

<sup>76</sup> "L'inclusione del privilegio tra gli atti amministrativi non è più solo un'operazione di interesse classificatorio e scientifico, ma sembra tesa a produrre, almeno potenzialmente, conseguenze pratiche molto rilevanti, sia per la identificazione dell'autorità competente alla concessione del privilegio, sia per eventuale tutela dei singoli contro un provvedimento del genere, davanti alla *Sectio Altera* della Segnatura Apostolica" (A.M. PUNZI NICOLÒ, *Privilegio [Diritto canonico]*, cit., p. 778).

<sup>77</sup> Tales valores tienen una traducción en los "principios" esenciales de cualquier actividad administrativa, que han sido determinados por la doctrina como reglas fundamentales del comportamiento de la Administración: el principio del *carácter público* general que debe poseer la actividad administrativa, el de *participación* de los sujetos interesados, el de *objetividad*, el de *motivación*, el de *verdad material*, el de *integridad de la resolución*, el de *celeridad*, el de *derecho ordinario del interesado al recurso*, el de *estabilidad formal de las decisiones*. Se debe añadir también el principio de la *formalidad adecuada*: cfr. acerca de este principio, E. SCHMIDT-ASSMANN, *La doctrina de las formas jurídicas de la actividad administrativa. Su significado en el sistema del Derecho administrativo y para el pensamiento administrativo actual*, en "Documentación Administrativa" 235/236 (julio - diciembre 1993), pp. 7-31 y F.



una atención al bien común que vaya más allá de lo que sería una mera armonización de intereses particulares.

Precisamente para proteger adecuadamente los derechos de los fieles, incorporando todos los medios adecuados a tal finalidad, se ha adoptado en el Derecho canónico un sistema *formal*, que ha surtido notable eficacia en el ámbito estatal, consistente en la aplicación de la teoría general del acto administrativo<sup>79</sup>, que presupone la sumisión de la Administración. En ese contexto del Derecho administrativo, el privilegio se convierte en el contenido de un acto administrativo —el rescripto— que es, sin duda, un documento (y desde este punto de vista es un acto formal); pero que no es únicamente un documento, sino principalmente *una manifestación del reconocimiento y/o tutela de los derechos de los fieles, y por tanto, expresión de buen gobierno*, que tiene como resultado final la plasmación en un documento escrito.

GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo Español. El acto y el procedimiento administrativos*, Pamplona 1997, p. 180, quien afirma que "las formas que se emplean han de ser únicamente las indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y para evitar perjuicios a las partes o a terceros". Sobre los principios del procedimiento, en la experiencia del Derecho público comparado, cfr. G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, Milano 1964, pp. 57-70, y sobre tales principios en el ámbito del Derecho canónico, cfr. J. MIRAS, J. CANOSA, E. BAURA, *Compendio de Derecho Administrativo Canónico*, Pamplona 2001, pp. 149-153.

<sup>78</sup> Que es presupuesto para prevenir sospechas de arbitrariedad: debe recordarse que el séptimo de los *Principia quae Codicis Iuris Canonici recognitionem dirigant*, cit., afirmaba que "proclamari idcirco oportet in iure canonico principium tutelae iuridicae aequo modo applicari superioribus et subditis, ita ut quaelibet arbitrarieratis suspicio in administratione ecclesiastica penitus evanescat" (Communicationes 1 [1969], p. 83). R. T. KENNEDY, *Address on Due Process to National Conference of Catholic Bishops*, en "CLSA Proceedings" 31 (1969), ilustra esta idea afirmando: "The problem we face in regard to human rights and freedom in the Church is not so much injustice as it is SUPPOSED [se encuentra en mayúscula en el original; es la única vez, a lo largo del artículo, que el autor escribe un término en letras mayúsculas] injustice. What we are seeking in introducing notions of due process into the administrative life of the Church is not protection of the people from the human weaknesses of bishops or diocesan administrators or pastors; what we seek is the protection for all of us from the effects of that human weakness which inclines us to be suspicious of the unknown" (p. 11).

<sup>79</sup> Cfr. M. BLANCO, *Consideraciones sobre el 'Ius Singulare' ...*, cit., pp. 663-677.

## VII. El rescripto como cauce para tutelar los derechos de los fieles en la concesión de privilegios

Conviene detenerse, aunque sea sucintamente, en la exigencia de sometimiento de la Administración al derecho, reclamada por el principio de legalidad, para entender apropiadamente su relación con las garantías de los derechos subjetivos y del bien común, es decir, con la tutela del buen gobierno<sup>80</sup>.

### 1. Un primer presupuesto: la distinción de funciones sirve a la tutela de los derechos

El primer presupuesto que conviene tener en cuenta se refiere a que esa adecuada subordinación implica la distinción de funciones en la potestad (que no es la separación de poderes). En efecto, en el ámbito de la función administrativa de la potestad, la Administración —en sentido objetivo y subjetivo, es decir, entendida como ejercicio de la actividad administrativa y como conjunto de autoridades titulares de potestad ejecutiva—, se encuentra supeditada a la legalidad y es susceptible de control por obra de la actividad de los órganos judiciales. Tal reparto y distribución de funciones —así lo demuestra una amplia experiencia jurídica, también en la Iglesia— permite desarrollar una actividad de gobierno más racional, más razonable, obligada a responder de sus propios actos, más segura para los derechos subjetivos y eficaz para la tutela del bien común, sin perjuicio de que la titularidad originaria de las potestades se mantenga concentrada en algunas autoridades<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> Cfr. JUAN PABLO II, Carta Encíclica *Redemptor Hominis*, 4 marzo 1979, in AAS 71 (1979), pp. 257-324, n. 17, cuando afirma que el bien común al que se dirige el servicio que presta la autoridad en un Estado se realiza plenamente sólo cuando todos los ciudadanos están seguros en sus derechos. Cfr. J. MIRAS, *El derecho al buen gobierno en la Iglesia: una glosa a la doctrina constitucional de Javier Hervada desde el Derecho Administrativo*, en AA. VV. *Escritos en Honor de Javier Hervada*, "Ius Canonicum", vol. especial 1999, pp. 367-377.

<sup>81</sup> Cfr. J. HERRANZ, *La triplice articolazione della potestà di governo*, en IDEM, *Studi sulla nuova legislazione della Chiesa*, cit., pp. 141-169. Cfr., desde otra perspectiva, A. VITALE, *Differenze e convergenze dei principi della giustizia amministrativa civile e canonica*, en "Monitor Ecclesiasticus" 98 (1973), pp. 362-372.

## 2. Un segundo presupuesto: la formalización de las decisiones de gobierno sirve a la tutela de los derechos

Un segundo presupuesto lleva a precisar que, para que tal autolimitación de la Administración pública eclesial redunde verdaderamente en beneficio del reconocimiento y de la protección de los derechos subjetivos, y se traduzca en una adecuada tutela de la libertad de los fieles<sup>82</sup>, del bien común, del buen gobierno, se requieren instrumentos concretos y uno de los cauces para ello es la formalización de las decisiones de gobierno de la Administración. Se trata de una exigencia, presente en el origen de la figura del acto administrativo, que da relieve al procedimiento como forma del acto administrativo.

El procedimiento, que tiene diversas finalidades<sup>83</sup>, guía un tipo de autolimitación de la Administración que encauza las potestades que ha recibido a través del sometimiento al Derecho de las sucesivas actuaciones que concluirán en una decisión. De esta manera, la voluntad de la autoridad (en el caso del privilegio, la voluntad de favorecer a un sujeto a través de esa clase de atribución), se adecua a modos previstos de actuar, dictados por una opción ética determinada, la propia de la Iglesia Católica, que valora de modo relevante la dignidad de cada persona y, con mayor razón, la dignidad de cada fiel, dentro del justo respeto del bien común.

Mediante una reglamentación más adecuada del ejercicio de la potestad eclesial, como la que ha llevado a cabo el CIC incorporando el privilegio al ámbito de los actos administrativos, se pretende, entre otras cosas, reforzar la seguridad jurídica como modo de atender a la tutela de las situaciones jurídicas subjetivas que resultan me-

<sup>82</sup> Para conocer la reflexión acerca del principio de libertad en el Derecho de la Iglesia en uno de los autores que con mayor convencimiento ha sostenido la importancia de ese principio en la Iglesia, cfr. V. GÓMEZ-IGLESIAS C., *Libertad y Derecho Constitucional en Pedro Lombardía*, Pamplona 1998.

<sup>83</sup> "Ha uno scopo preventivo (evitare di emettere atti amministrativi nulli, ingiusti o inopportuni); uno scopo partecipativo (coinvolgere i fedeli interessati, perché prima ancora dell'emissione dell'atto facciano presenti le proprie ragioni o le proprie perplessità); uno scopo orientativo (in quanto i ricorsi e il processo amministrativo esamineranno anzitutto il rispetto del procedimento o procedura e continueranno per molti versi l'azione incominciata nella stessa procedura)" (G.P. MONTINI, *Modalità procedurali e processuali per la difesa dei diritti dei fedeli*, in "Quaderni di diritto ecclesiale" 8 [1995], pp. 291-292).

recedoras de protección en la Iglesia, por su relación con la dignidad humana y sobrenatural de los fieles y, en definitiva, con la *salus uniuscuiusque animae*.

### 3. El rescripto que contiene un privilegio

Se facilita la seguridad jurídica, efectivamente, cuando el centro de gravedad de la regulación jurídica de las figuras singulares se traslada a elementos comunes, en lugar de residir en los diversos contenidos posibles de los actos; cuando se evitan la dispersión y la heterogeneidad de régimen innecesarias. Tal es el efecto que puede apreciarse cuando se establece la categoría jurídica del rescripto como acto administrativo, con un componente procedimental importante, según se expondrá a continuación, y se hacen depender de esa figura jurídica genérica la dispensa y privilegio, en cuanto contenidos frecuentes del rescripto.

Como acabamos de apuntar, un modo de racionalizar la actividad de la Administración pública consiste en ordenar las secuencias de actos conducentes a las diversas decisiones de la autoridad, según diferentes procedimientos de actuación. Los procedimientos se convierten así en los cauces previstos para alcanzar racionalmente un resultado —enmarcado en el bien público— para cuya finalidad se ha concedido la potestad pública<sup>84</sup>. Desde este punto de vista, el rescripto aparece como la forma del privilegio en cuanto a su procedimiento, en el que pueden distinguirse una fase inicial (elaboración, presentación y recepción de la instancia o *preces*), una fase intermedia de sustanciación (que comprende la adquisición y valoración de todos los elementos de ciencia necesarios para que la concesión del privilegio sea justa y oportuna) y una fase dispositiva, de concesión (o de denegación) de la solicitud formulada por el interesado. Es este procedimiento, que implica limitación de la Administración, el modo como se asegura la *rationabilitas* de la concesión del privilegio.

<sup>84</sup> Cfr. J. HERVADA, *Elementos de Derecho Constitucional Canónico*, 2.<sup>a</sup> ed. actualizada, Pamplona 2001, pp. 244-248. Cfr. acerca del tratamiento general del tema, V. GÓMEZ-IGLESIAS, *Acerca de la autoridad como servicio en la Iglesia*, en AA. VV. (a cargo del PONTIFICIUM CONSILIIUM DE LEGUM TEXTIBUS INTERPRETANDIS), *Ius in vita et in missione Ecclesiae*, cit., pp. 193-217 y J. MIRAS, *Sentido ministerial de la potestad de gobierno y tutela jurídica en el Derecho administrativo canónico*, cit., pp. 27-70.

#### 4. La tutela de los derechos de los fieles a lo largo de las fases procedimentales del rescripto que contiene un privilegio

Es en el procedimiento donde, por ejemplo, el principio fundamental que tutela la autonomía de la voluntad se presenta como un límite para la Administración pública, en la medida en que atribuye a los administrados el derecho de petición cuyo ejercicio abre la fase inicial del procedimiento, dando espacio así a un uso determinado de la libertad de elección del fiel, manifestación de su autonomía de la voluntad<sup>85</sup>.

La tutela de la autonomía de la voluntad del fiel que interviene en la petición y concesión de un privilegio se despliega igualmente a través de un haz de derechos o facultades procedimentales accesorias, como son, por ejemplo, el derecho a que la instancia del privilegio sea examinada y ponderada con objetividad por parte de la autoridad que debe decidir, el derecho a que tal autoridad posea la pericia necesaria, el derecho a ser representado, el derecho a ser asesorado, el derecho a intervenir a lo largo del procedimiento (no sólo en el acto de iniciativa, sino también en pasos posteriores del procedimiento de concesión), el derecho a recibir todas las informaciones relacionadas con el procedimiento que puedan afectar al orador petionario o sujeto interesado, el derecho de visión de lo actuado por la autoridad (salvo para la documentación legítimamente protegida por una especial reserva, expresamente declarada por la autoridad competente), el derecho a obtener copia de las actuaciones para las que pueda alegar un legítimo interés, el derecho a formular alegaciones y a presentar documentación una vez iniciado el trámite de estudio de la petición, el derecho a conocer el estado del procedimiento, el derecho a no ser

<sup>85</sup> Se ha observado acertadamente que "en su proyección y formulación jurídica, este derecho debe configurarse, en primer lugar, como la posibilidad de todo fiel de pedir a los sagrados Pastores —es decir, en términos jurídicos, a la administración pública de la Iglesia— aquello que juzgue necesario o conveniente para actuar las exigencias de su vocación cristiana y de su específica función eclesial" (A. DEL PORTILLO, *Fieles y laicos en la Iglesia. Bases para sus respectivos estatutos jurídicos*, 3ª ed. revisada, Pamplona 1991, p. 125). Ofrece una amplia exposición acerca de la autonomía privada en el Derecho canónico, E. MOLANO, *La autonomía privada en el ordenamiento canónico*, Pamplona 1974; acerca de otros aspectos de los efectos jurídicos de la iniciativa privada, cfr. V. PRIETO, *Iniciativa privada y subjetividad jurídica*, Pamplona 1999. Para disponer de una perspectiva de la distinta regulación del derecho de petición en el Derecho comparado, cfr., por ejemplo, S. ÁLVAREZ CARREÑO, *El derecho de petición. Estudio de los sistemas español, italiano alemán, comunitario y estadounidense*, Granada 1999.

perjudicado por la decisión de la autoridad o a ser escuchado antes de la concesión (evitando así que quien la autoridad considera "honoratus" gracias al privilegio, resulte en realidad "oneratus" por él), el derecho a la economía procedimental y a que la autoridad competente se pronuncie acerca de la petición en un plazo razonable, el derecho a conocer los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión de la autoridad (en relación, sobre todo, con lo actuado en la fase de sustanciación).

Asimismo, constituye un vínculo para la Administración pública el principio de igualdad<sup>86</sup>, en la medida en que la autoridad, en la fase dispositiva del procedimiento, no puede otorgar ventajas o beneficios a particulares al margen de la norma común, si los elementos de conocimiento de la realidad concreta adquiridos en la fase de sustanciación no permiten proteger la integridad del bien común y si no se ha garantizado a los titulares de intereses legítimos la posibilidad de hacer valer sus derechos y legítimas expectativas al respecto<sup>87</sup>. La Administración actuará de modo ordenado según justicia si, estudiando cuidadosamente, en la fase de sustanciación del rescripto, las consecuencias de la concesión del privilegio, se cerciora de que el fin al que se dirige la concesión es compatible con el destino primordial del bien de que se trate, prevé la razonabilidad mayor o menor de la atribución y los

<sup>86</sup> Acerca del principio constitucional de igualdad, cfr. A. DE FUENMAYOR, *Alcance del principio constitucional de igualdad*, en "Fidelium Iura" 2 (1992), pp. 245-266. A propósito del rango constitucional de este principio en el Derecho canónico se ha escrito correctamente que "il principio di uguaglianza radicale costituisce un vero principio costituzionale che, come tale, deve informare l'intero ordinamento canonico; ciò vuol dire che i fedeli e, specialmente, l'autorità, nell'esercizio delle sue funzioni legislative, esecutive e giudiziale, dovranno rispettare, promuovere e tutelare la vigenza del suddetto principio" (L. NAVARRO, *Il principio costituzionale di uguaglianza nell'ordinamento canonico*, en "Fidelium Iura" 2 [1992], p. 158). Cfr. también J. FERNÁNDEZ, *El principio de igualdad en el ordinamento canonico*, en "Fidelium Iura" 2 (1992), pp. 113-144.

<sup>87</sup> En efecto, seguir el procedimiento adecuado para la concesión o denegación de un privilegio garantiza que la autoridad administrativa pueda disponer de los datos y elementos de ponderación necesarios para realizar la valoración de los bienes en juego —el bien común y otros derechos e intereses— que posibilita la adopción de la decisión justa y oportuna; pero al mismo tiempo —y éste es el acento que añade la perspectiva de la tutela de los derechos subjetivos de los fieles— facilita que se tengan en cuenta, en la medida oportuna, todas las situaciones jurídicas implicadas, evitando así que la finalidad propia de los privilegios, de beneficiar directamente a una persona o sujeto determinado, de hecho pueda comprometer o incluso violar derechos que corresponden a fieles determinados o a la entera comunidad.

modos para que la ventaja que va a otorgarse beneficie al mayor número de miembros de la comunidad.

### 5. La recuperación del privilegio gracias a su configuración como contenido del rescripto-acto administrativo

Si la actuación de la Administración pública cuando, en la fase final del procedimiento, decide sobre la concesión de un privilegio, se ordena realmente según las exigencias jurídicas por medio del rescripto-acto administrativo, sus acciones serán previsibles —el derecho al buen gobierno presupone la previsibilidad razonable de las actuaciones de gobierno de la Administración pública<sup>88</sup>—, permanecerán sometidas a normas objetivas de justicia y garantizarán el derecho de cada uno y de la comunidad a ser bien gobernados.

Por las razones mencionadas, las normas procedimentales no pueden ser consideradas como frenos a la agilidad y eficacia del gobierno de la Iglesia, sino como instrumentos de servicio, útiles a quien ejercita este tipo de funciones —el cual es el primer interesado en llevarlas a cabo de modo eficaz pero siempre justo, legítimo y oportuno, sin producir perjuicios y sin exigir a los fieles renuncias que no sean necesarias—, y convenientes para los gobernados<sup>89</sup>, también en la medida en que de esta manera se evita la improvisación. El seguimiento de los procedimientos justos refuerza la confianza depositada por los fieles en los gobernantes y difunde la convicción de que la

<sup>88</sup> Sobre este principio, cfr. T.R. FERNÁNDEZ, *¿Debe la Administración actuar racional y razonablemente?*, en "Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo" 83 (junio-septiembre 1994), pp. 381-401. También cfr. G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, en "Rivista trimestrale di diritto pubblico" 47 (1997), pp. 939-986.

<sup>89</sup> En este sentido, se ha observado, no sin razón, que "more rigorous procedural steps, however, would not necessarily hinder the exercise of authority but would simply ensure that such authority would be exercised with respect for the rights of the faithful" (M. MOODIE, *The administrator and the Law: Authority and its Exercise in the Code*, en "The Jurist" 46 [1986], p. 67) y también que "les formalités de procédures jouent le rôle de cadres et de routes plaçant et maintenant l'Administrateur dans la constante perspective de la constitution et des buts propres de l'Église et par le fait même en présence et en préoccupation du seul service de l'intérêt général chrétien" (J.F. NOUBEL, *Procédures administratives éparses dans le Code de Droit Canonique non rassemblées dans la III Partie du Livre IV*, en "Revue de Droit Canonique" 7 [1957], p. 145).

autoridad se ejerce para servir<sup>90</sup>, lo cual afianza a su vez — especialmente en cuanto a su *receptio* vital por parte de la comunidad— la presunción de legitimidad y de oportunidad de las decisiones de gobierno adoptadas por la autoridad. Las sospechas que podrían ensombrecer su carácter inequívocamente justo y oportuno, a las cuales se ha hecho referencia al comienzo de este artículo, deberían ir, por tanto, desapareciendo.

El procedimiento que culmina en el acto formal llamado rescripto, por el que se concede o deniega un privilegio, no es, consecuentemente, una especie de carrera de obstáculos —ni para el fiel ni para la autoridad— sino el cauce ordenado capaz de garantizar los derechos de los fieles y de los demás interesados en el ámbito de la legalidad y del respeto del bien público. Por lo tanto, la forma del rescripto, entendida no como mero modo de declarar que se concede un privilegio, sino como el conjunto de formalidades y límites por medio de los cuales la voluntad de conceder un privilegio se configura de acuerdo a los parámetros de justicia y oportunidad, es verdaderamente conformante, es decir capaz de determinar la naturaleza administrativa del privilegio. La formalidad del rescripto —es decir, su procedimiento de formación por fases— aparece así como un instrumento para la seguridad de los derechos de los administrados<sup>91</sup>, sin que tal cometido agote la función del procedimiento, porque también es primordial su simultánea configuración como medio para tutelar eficazmente el interés general.

## 6. La tutela adicional de los derechos de los fieles presente en la posibilidad de recurrir el rescripto que contiene un privilegio

Todo lo que se acaba de tratar acerca de la autolimitación de la Administración pública, necesaria para la real operatividad de los derechos de los fieles, y también lo tratado sobre la distinción de funciones de la potestad, presupone —ya fue tratado anteriormente— el

<sup>90</sup> J. MIRAS, *Sentido ministerial de la potestad de gobierno y tutela jurídica en el Derecho administrativo canónico*, cit., pp. 29ss.

<sup>91</sup> En relación con la capacidad del procedimiento de formación del acto administrativo de constituir una tutela real de los derechos de los administrados, ofrece todavía elementos de interés la relectura de S. ROYO VILLANOVA, *El procedimiento administrativo como garantía jurídica*, en "Revista de Estudios Políticos" 48 (julio-diciembre 1949), pp. 55-118.



sometimiento de la Administración pública. Resulta útil recordar que en los albores del Derecho Administrativo estatal, el enfoque predominante era el de impedir las actuaciones arbitrarias de la Administración pública. Con el transcurso del tiempo se ha demostrado que la función del Derecho administrativo no es únicamente frenar o limitar el poder de la Administración pública; el Derecho Administrativo debe también dotar a los órganos que ejercitan la función administrativa de los necesarios instrumentos jurídicos para que puedan llevarla a cabo del modo más adecuado.

Sin embargo, el enfoque primitivo, que con el paso del tiempo, ha sido completado y equilibrado, no se puede perder de vista.

En efecto, el Derecho Administrativo debe cumplir una concreta función de freno, límite y control de la potestad ejecutiva. Freno en el sentido de efecto amortiguador de la incidencia de la potestad sobre los administrados, haciendo posible la congruente participación de las personas y de los grupos sociales en el ejercicio de la función de gobierno, lo cual en el caso de los privilegios aparece con claridad en el espacio que se da a la autonomía de la voluntad para la petición y también para el uso de la mayoría de los privilegios.

La función limitadora se realiza en cuanto que el ejercicio de la potestad ejecutiva se configura explícitamente como circunscrito y supeditado a una serie de normas, límites, valores y criterios que determinan su oportunidad, su legitimidad e incluso su validez, como se ha visto más arriba al tratar del efecto de la forma-procedimiento sobre la tutela de las situaciones subjetivas y del bien común.

La función de control aparece a través de las normas de Derecho Administrativo que prevén los mecanismos jurídicos mediante los cuales puede verificarse, y eventualmente corregirse, la actividad llevada a cabo por los titulares de la potestad ejecutiva<sup>92</sup>.

<sup>92</sup> Para un análisis de la regulación vigente, cfr. F. RUIZ UGALDE, *Controles administrativos preventivos y sucesivos en el CIC 83*, en "Excerpta e dissertationibus in Iure Canonico", pp. 115-187. En el ámbito del Derecho administrativo alemán se ha formulado el principio según el cual la preexistencia de una esfera de libertad del particular se encuentra subordinada al control de su compatibilidad con los intereses públicos y a la garantía de que no existe posibilidad de que, por causa del otorgamiento de la atribución, puedan verse perjudicadas posiciones jurídicas de terceros (cfr. H.J. WOLFF, O. BACHOF, R. STÖBER, *Verwaltungsrecht*, vol. I, München 1994, p. 658).

La experiencia jurídica demuestra la conveniencia de establecer un sistema que evite —en la medida de lo posible— los conflictos que pudieran surgir entre la Administración pública y los administrados, y que, si no pudieran evitarse, permitiera la defensa eficaz de los derechos e intereses de las personas y de la entera comunidad. Tal sistema está constituido no sólo por las formalidades que componen el procedimiento de formación, sino también por los recursos administrativos. El rescripto como acto formal cumple, a través de la regulación jurídica de su procedimiento de formación, una primera función de tutela de las situaciones jurídicas subjetivas. Pero, además, al configurarse como acto impugnabile jurídicamente mediante los recursos previstos por el Derecho, introduce la concesión de privilegios en un segundo círculo de garantías que permite a los administrados reaccionar ante los actos que estiman lesivos de sus derechos o intereses y obtener, en su caso, la declaración de nulidad, la anulación, la revocación o la corrección de esos actos<sup>93</sup>.

Y existe un tercer círculo de garantías para los administrados, constituido por el recurso contencioso administrativo, de carácter judicial. Con la garantía última de la tutela judicial, el rescripto-acto administrativo se perfecciona como instrumento al servicio del bien común, al proteger de modo eficaz el derecho general al buen gobierno que posee cualquier sujeto que se dirige legítimamente a la autoridad de la Iglesia en petición de un privilegio o que se considera perjudicado por la concesión o la denegación de un privilegio<sup>94</sup>. Un

<sup>93</sup> Se había pronunciado favorablemente sobre el carácter recurrible del rescripto a través del sistema de recursos —jerárquico y contencioso administrativo— el COETUS STUDIORUM RECOGNOSCENDIS NORMIS GENERALIBUS, *Sessio XII [diebus 22-26 octobris 1973 habita]*, en "Communications" 22 [1990], p. 305; entre otros autores, J. KRUKOWSKI, *Podział aktów administracyjnych w prawie kanonicznym* [División de los actos administrativos en el Derecho canónico], en "Roczniki Teologiczno-Kanoniczne" 22-5 (1975), p. 35. Tal opinión ha sido manifestada de nuevo por autores que escribían después de la promulgación del CIC 83: cfr., entre otros, P. LOMBARDIA, *Comentario al can. 59*, en AA. VV. (ed. P. LOMBARDIA-J.I. ARRIETA), *Código de Derecho Canónico. Edición bilingüe y anotada*, Pamplona 2001 (6ª ed.); J. MIRAS, *Comentario al can. 1732*, en AA. VV. (ed. A. MARZOA, J. MIRAS y R. RODRÍGUEZ-OCAÑA), *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, cit., vol. IV/2, pp. 2120-2123, y ha sido confirmada por la praxis de la Curia y por la jurisprudencia de la Signatura Apostólica.

<sup>94</sup> "Ya no es posible sostener a ultranza la verdad de estas dos ecuaciones contrapuestas: Administración = intereses públicos; fiel = intereses privados. Cuando se permite impugnar un acto administrativo es porque cabe dudar de su corresponden-

procedimiento administrativo de formación del rescripto que se encuentra sujeto a la eventualidad de un control judicial posterior adquiere mayor consistencia jurídica porque estimula al correcto ejercicio de las potestades y, si llegan a surgir conflictos, prevé cauces ciertos y eficaces para su solución justa.

## VIII. Conclusión

He tratado de mostrar a lo largo de estas páginas que, gracias a la formalidad del rescripto-acto administrativo, que implica todo el sistema vigente de tutela procedimental y procesal, la concesión del privilegio tutela los derechos de los fieles y se convierte —de modo aparentemente paradójico— en un modo eficaz de velar por el principio de igualdad. En efecto, a la vez que ofrece cauces de flexibilidad canónica para "dar a cada uno lo suyo", corrigiendo por mediación de la autoridad administrativa las inevitables limitaciones de la norma general abstracta para lograr la solución justa y equitativa del caso concreto, asume toda una serie de garantías ordenadas a evitar la arbitrariedad, que en sede de privilegio podría adoptar manifestaciones variadas, desde el favoritismo hasta el igualitarismo.

Pero también la formalidad del rescripto-acto administrativo da razón a la justa permanencia del privilegio, dentro del ordenamiento jurídico de la Iglesia, en pleno respeto del principio de legalidad, sin que se anulen los legítimos espacios para el ejercicio de la discrecionalidad de la autoridad y de la autonomía de la voluntad del fiel, que definen cualquier concesión graciable. El realismo jurídico propio del Derecho de la Iglesia evitó, durante los trabajos de la segunda codificación, que la figura del privilegio fuera eliminada del Código de Derecho canónico y, al introducirlo en el ámbito de los actos administrativos, ha favorecido que el privilegio aparezca, con pleno título, como lo que es: un instrumento más al servicio del buen gobierno en la Iglesia.

cia a los intereses que la Iglesia debe salvaguardar" (E. LABANDEIRA, *Cuestiones de Derecho Administrativo Canónico*, Pamplona 1992, pp. 45-46).